Das Wiederkaufsrecht

nach

dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Paul Schaefer

Referendar am Kgl. Landgericht zu Nordhausen.

Quedlinburg.

Buchdruckerei Geßler & Strauß.

1906.

Meinem Vater

und dem

Andenken

meiner Mutter!

Stoffeinteilung.

Einleitung.

§ 1. Die nähere Bestimmung der Aufgabe . . . . . S. 1

Ausführung.

A.

Die rechtliche Natur des Wiederkaufs.

I.

§ 2. **Die hauptsächlichsten Theorieen in der Wissenschaft und Gesetzgebung vor dem 1. Januar 1900** . S. 3

II.

Die Theorieen in der Wissenschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs.

1.

§ 3. Die Theorieen, die dem Wiederkauf die Vertragsnatur absprechen . . . . . S. 6
a) Die Einlösungstheorie.
b) Die Rücktrittstheorie.

2.

§ 4. Die Theorieen, die den Wiederkauf für eine besondere Art des Kaufes halten . . . . . S. 8
a) Die Oblationstheorie.
b) Die Vorvertragstheorie.
c) Die Theorie vom aufschiebend bedingten Kaufvertrage.

B.

Inhalt und Wirkungen der Wiederkaufsabrede.

§ 5. Die Wiederkaufsabrede ein Teil des Kaufvertrages . . . . S. 20
§ 6. Die Essentialien der Wiederkaufsabrede . . . . . S. 21

§ 7. Der Inhalt des Wiederkaufsrechtes . . . . . S. 23
§ 8. Unteilbarkeit, Abtretbarkeit und Vererblichkeit des Wiederkaufsrechtes . . . . . S. 30
§ 9. Das Erlöschen des Wiederkaufsrechtes . . . . . S. 33

C.

Die Wiederkaufserklärung und ihre Wirkungen.

§ 10. Inhalt und Form der Wiederkaufserklärung . . . . . S. 35
§ 11. Das Zustandekommen des Wiederkaufs . . . . . S. 37
§ 12. Die sich aus dem Wiederkauf ergebenden Verpflichtungen . S. 39
§ 13. Rechte des Wiederkäufers im Falle gänzlicher oder teilweiser Nichterfüllung seitens des Wiederverkäufers . . . . S. 43

Schluß.

§ 14. Die wirtschaftliche Bedeutung des Wiederkaufs insbesondere in seiner Eigenschaft als Sicherungskauf . . . . . S. 50

Literaturverzeichnis.

Adler: Realkontrakt und Vorvertrag (in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 31. N. F. 19.)

Barth: Inwieweit ist eine dingliche Sicherung des persönlichen Wiederkaufsrechtes in Ansehung eines Grundstücks möglich. Diss. Erlangen 1903.

Bähr: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. 1883.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts.

Bendix: Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung. Juristische Wochenschrift 1904 S. 601–602.

Biermann: Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Auflage fortgesetzt von Lotmar.

Burdorf: Ist die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufs- und Wiederkaufsrechtes im B. G. B. geändert gegenüber dem gemeinen Recht? Diss. Erlangen 1902.

Caspari: Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und B. G. B. Berlin 1903.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 4. Auflage.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.

Degenkolb: Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 71: 1) Der Begriff des Vorvertrages. S. 1–51. 2) Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag. S. 52–92.

Dernburg: Pandekten. 6. Auflage. Berlin 1900.

Derselbe: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, 1 u. II, 2.

Eck: Vorträge über das Recht des B. G. B. 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Auflage.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. Bd. I. 2. Auflage.

Fitting: Über den Begriff der Bedingung. (im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 39 n 13.)

Derselbe: Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht. (in Goldschmidts Handbuch Bd. 2. S. 230 ff.)

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. 7. Auflage. Berlin 1897.
Glück: Pandektenkommentar Bd. 16. Erlangen 1814.
Göppert: Zur Lehre von den pacta de contrahendo. Kritische Vierteljahrsschrift Bd. XIV. S. 400 ff.
Goldschmidt: Der Kauf auf Probe oder auf Besicht. (in seiner Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. I. S. 262 ff.)
Gruchot: Der Wiederkauf. (in seinen Beiträgen zur Erläuterung des preußischen Rechts. Jahrgang X. S. 586 ff.)
Hahn: Der Wiederkauf. Diss. Marburg 1902.
Haidlen: Das bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Stuttgart 1897.
Hellmann: Kritische Vierteljahrsschrift zur Literatur des B. G. B. Bd. 41. S. 227.
Hellwig: Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. (im Archiv für zivil. Praxis Bd. 64. S. 369—394.)
Hölder: Kommentar zum Allg. Teil des B. G. B.
Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen. Berlin 1878.
Kipp: Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen. Kieler Festgabe für Ihering. 1892.
Koch: Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Recht. Bd. III. Berlin 1859.
Köppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Iherings Jahrbücher Bd. XI. S. 139 ff.)
Kohler: 1) Studien über Mental-Reservation und Simulation. (in den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 16. S. 140 ff)
2) Gesammelte Abhandlungen No. 2: Darlehn und Vorvertrag.
3) Das Konsensualdarlehn. (im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. II.)
Krug: Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung. Diss. Marburg 1903.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B. G. B.
Derselbe: Wiederkauf und Vorkauf. Jur. Wochenschr. 1901. S. 384—393.
Leist: Die Sicherung von Forderungen durch die Übereignung von Mobilien. 1889.
Leonhardt: Willkür und Willenserklärung. (in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 39. S. 174 ff.)
Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich und des preußischen Allgemeinen Landrechts.
Lilienthal: Die Übereignung zum Zweck der Sicherung. (in der Jur. Zeitung. 1903. S. 542—546.)
Linkelmann: Die Sicherungsübereignung. (im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 7. S. 209 ff).
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.
Neumann: Handausgabe des B. G.-B. Berlin 1900.

Dertmann: Kommentar zu Buch II. des B. G. B. 1. Auflage. 1900.
Pietzker: Im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 74. S. 462 ff.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 1. und 2. Auflage, Berlin 1901/1902.
Platner: Der Wiederkauf, eine deutsch-rechtsgeschichtliche Abhandlung. Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 4. S. 123 ff.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.
Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht.
Regelsberger: In W. Endemanns Handbuch des Handelsrechtes. Bd. 2. S. 410.
Rehbein: Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1899. Bd. 1.
Reichel: Die Vormerkung im deutschen B. G. B. (in Iherings Jahrbüchern f. Dogm. Bd. 46.)
Schloßmann: In Iherings Jahrbüchern. Bd. 45. S. 1—96.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. 2. Auflage. Berlin 1904.
Schütze: Über die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältnis des pactum de retrovendendo, des pactum de retroemendo und des pactum displicentiae beim Kauf. Diss. Rostock 1899.
Siebert: Das Wiederkaufsrecht nach dem gemeinen Recht und dem B. G. B. Diss. Leipzig 1902.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. 3. Auflage. Leipzig 1869.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
v. Staudinger: Kommentar zum B. G. B. München 1898.
Stintzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse. Jena 1903.
Strohal: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanatsprogramm, Leipzig 1904.
Treitschke: Der Kaufkontrakt. 2. Auflage, bearbeitet von Wengler 1866
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. Bd. 1. Paderborn 1902. 2. Auflage.
Unger: Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht. (in Goldschmidts Ztschr. f. Handelsrecht Bd. III. S. 386 ff.)
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 6. Auflage. Marburg 1851.
v. Wangenheim: Das Wiederkaufsrecht. Diss. Göttingen 1899.
Wangemann: Die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufs- und Wiederkaufsrechtes. Diss. Rostock 1900.
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen.
Wendt: Die Reuverträge. Erlangen 1879.
v. Weninger-Ingenheim: Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. München 1837.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bd. 2. Frankfurt 1900.

Einleitung.

§ 1.

Die nähere Bestimmung der Aufgabe.

Das Wiederkaufsrecht im objektiven Sinne, d. h. der Inbegriff der den Wiederkauf betreffenden Rechtsnormen soll der Gegenstand dieser Arbeit sein. Unter dem Namen „Wiederkauf" verbirgt sich ein Rechtsgeschäft, dessen Wesen nur unvollkommen durch seinen Namen zum Ausdruck gebracht wird. Beim Wiederkauf stehen sich zwei Personen gegenüber, der Wiederkäufer und der Wiederverkäufer. Ersterer hat früher einmal einen Gegenstand an letzteren verkauft nnd kauft diesen jetzt zurück. Damit ist jedoch das Wesen des Wiederkaufs noch nicht gekennzeichnet. Das dem Wiederkauf Eigentümliche liegt darin, daß sein Zustandekommen vorbereitet wird durch den Wiederkaufsvorbehalt oder vielmehr die Wiederkaufsabrede, wie aus einem später auseinanderzusetzenden Grunde lieber gesagt werden soll. Durch die Wiederkaufsabrede sichert sich der Verkäufer die Befugnis, den Kaufgegenstand innerhalb einer gewissen Frist vom Käufer zurück zu erwerben, das Wiederkaufsrecht im subjektiven Sinne.

Nicht also ist unter Wiederkauf ein Rückkauf zu verstehen, der sich auf eine Abrede des Inhalts stützt, daß der Käufer das Recht habe, die Sache an den Verkäufer zurück zu verkaufen, ein Rechtsgeschäft, das an sich recht wohl ebenfalls als ein Wiederkauf bezeichnet werden könnte, da das B. G. B. unter „Kauf" sowohl den Kauf im engeren Sinne, (emtio) wie den Verkauf (venditio) versteht. Eine Regelung dieses Rechtsgeschäftes hat das B. G. B. nicht für nötig erachtet, weil, wie die Motive[1]) sich ausdrücken, das Rechtsgeschäft zu selten sei, um eine besondere Hervorhebung zu verdienen. Ob diese Behauptung wirklich zutrifft, mag dahingestellt bleiben. Im

[1]) Bd. II. S. 342.

Flaschenbierhandel wird das Geschäft täglich viele Male geschlossen. Der Käufer muß die Flaschen häufig mitkaufen, ist aber berechtigt, die leeren Flaschen gegen Rückzahlung des als Pfand bestimmten Betrages zurück zu geben.[1]) Wenn die Motive ferner behaupten, daß ein solches Geschäft meist als Kauf unter Vorbehalt des Reurechts (Rücktrittsrechts) aufzufassen sei, so ist auch diese Ansicht irrig. Es finden vielmehr die Vorschriften über den Wiederkauf entsprechende Anwendung.

Durch die Wiederkaufsabrede wird ein Schwebezustand geschaffen, während dessen es ungewiß ist, ob der Verkäufer von seinem Wiederkaufsrecht Gebrauch machen wird oder nicht. Diese Ungewißheit erreicht mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er sein Wiederkaufsrecht ausübe, der Wiederkaufserklärung, sein Ende. Mit dieser Erklärung kommt der Wiederkauf zustande.

Das ist kurz, möglichst in der Ausdrucksweise des B. G. B. dargestellt, das Rechtsgebilde, das uns hier beschäftigen soll. Es interessiert zunächst die juristische Konstruktion des Wiederkaufs.

---

[1]) Ecf. I. S. 466.

A.

Die rechtliche Natur des Wiederkaufs.

I.

§ 2.

Die hauptsächlichsten Theorieen in der Wissenschaft und Gesetzgebung vor dem 1. Januar 1900.

Der Wiederkauf gehörte im gemeinen Recht zu den bestrittensten Rechtsinstituten, sowohl was seine rechtliche Natur als auch was die Einzelbestimmungen über ihn betrifft. Die Streitfragen sind zum großen Teil in das neue Recht mit übergegangen und zu ihrer Würdigung ist ein wenigstens kurzes Eingehen auf den Stand der Frage im gemeinen Recht geboten. [1])

Es kommen im wesentlichen drei Theorieen über die juristische Konstruktion des Wiederkaufs in Betracht. Eine vierte von S. Stryk. [2]) aufgestellte Ansicht, die den ursprünglichen Kaufvertrag und die Wiederkaufsabrede zu einem unter der auflösenden Bedingung der Abgabe der Wiederkaufserklärung geschlossenen Kaufvertrag zusammenfaßt, ist schon frühzeitig als irrig erkannt worden. [3])

Die Wiederkaufsabrede, das sogenannte pactum de retrovendendo, konstruiert die herrschende Meinung des gemeinen Rechts als pactum de contrahendo, als Vorvertrag, durch den sich der Käufer verpflichtet, mit dem Verkäufer auf sein Verlangen den Wiederkaufsvertrag abzuschließen. [4]) Die Bezeichnung

[1]) Ausführliche Übersicht bei Schütze, Hahn, Burdorf.

[2]) usus modernus pandectarum XVIII, 1 § 36.

[3]) vergl. Glück Bd. 16. S. 202: „Durch den Akt der Retrovendition wird der erste Kauf nur ex nunc, nicht ex tunc resolviert."

[4]) So Glück Bd. 16. S. 200 f, Sintenis II. S. 647, v. Weninger-Ingenheim S. 672, Koch III. S. 250, Gruchot X. S. 585, Windscheid II. S. 413. Schütze S. 12 ff.

pactum de retrovendendo findet sich in den Quellen nicht, doch werden als Belegstellen für dieses pactum in den Pandekten die l. 12 D. de praescr. verb. (19,5) und im Kodex die l. 2. C. de pact. inter emt. (4,54) angesehen.

Beide Stellen werden aber auch von einer stark vertretenen Ansicht [1]) im Sinne einer Einlösungs- oder Rückforderungsabrede aufgefaßt, und der Streit darüber, der lediglich Auslegungsfrage ist, wird endgiltig kaum in der einen oder der anderen Richtung entschieden werden können. [2])

Selbst wenn aber die beiden Quellenstellen im Sinne eines Einlösungsrechtes auszulegen sind, so ist doch damit der Schluß, daß die Römer das pactum de retrovendendo als Einlösungsabrede aufgefaßt hätten, wie die Vertreter jener Theorie folgern, nicht gerechtfertigt, sondern aus dem Fehlen jeglichen Hinweises auf den Wiederkauf ergibt sich nur, daß die Römer ihn als besonders geartetes Rechtsgeschäft nicht kannten. Mag man immerhin die römischrechtliche Herkunft des Wiederkaufrechtes leugnen, seine Existenz in der gemeinrechtlichen Doktrin, welche die Wiederkaufsabrede als pactum de contrahendo, den Wiederkauf selbst als Hauptvertrag konstruiert, ist unzweifelhaft. [3])

Daneben findet sich als dritte Theorie die Ansicht von Vangerows, [4]) der die Wiederkaufsabrede als einen unter der aufschiebenden Bedingung si volam geschlossenen Kaufvertrag angesehen haben will.

Die verschiedenen Theorieen und ihr Widerstreit in der Wissenschaft finden in der Gesetzgebung jener Zeit ihren Ausdruck. Die Bestimmungen des preußischen allgemeinen Landrechts über den Wiederkauf (I, 11 §§ 296—330) kranken an einer Vermischung der Vorvertragstheorie mit der Strykschen vom auflösend bedingten Kaufvertrage. [5]) Trotzdem hat sich die landrechtliche

---

[1]) Vor allem Bechmann II. S. 533, Degenkolb S. 25, Göppert S. 407. Siebert S. 24. Hahn S. 11.

[2]) Näheres über die Streitfrage bei Glück. Bd. 16. S. 203 f. Schütze S. 12 f.

[3]) Förster—Eccius II. S. 93.

[4]) Bd. I. § 147.

[5]) vergl. Gruchot X. S. 587, 592.

Praxis im allgemeinen für die Auffassung der Wiederkaufs-Abrede als eines pactum de contrahendo entschieden. [1]) Klar und bestimmt fassen dagegen der Großherzoglich-Hessische Entwurf (Art. 79), ebenso die Motive zum Bayrischen Entwurf (S. 145) die Wiederkaufsabrede als Vorvertrag auf. Im Gegensatz dazu bestimmt das österreichische B. G. B. in § 1068: „Das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen, heißt das Recht des Wiederkaufs."

Die Theorie, daß die Wiederkaufsabrede bereits der unter aufschiebender Potestativbedingung geschlossene Wiederkaufsvertrag sei, findet sich im Dresdener Entwurf §§ 487|89, das Sächsische B. G. B. hat in § 1131 die für das gemeine Recht unhaltbare Ansicht, der Kauf unter Vorbehalt des Wiederkaufs sei ein auflösend bedingter Kaufvertrag, sanktioniert.

Das deutsche B. G. B. hat es dagegen vermieden, irgend welche Konstruktion zu versuchen. Seine oft gerühmte Enthaltsamkeit äußert sich nicht zum wenigsten darin, daß es der Versuchung, alle alten Streitfragen um jeden Preis zu beseitigen und unlösbare Knoten kurzer Hand mit dem Schwerte des Gesetzgebers zu durchhauen, mit Erfolg Widerstand geleistet hat. [2]) Wo, wie in unserem Falle, die Wissenschaft es bisher an der nötigen Klärung der Begriffe hatte fehlen lassen, tat der Gesetzgeber besser, zu schweigen, als durch Aufstellung später vielleicht nicht haltbarer Theorien sich selbst die Hände zu binden und die freie Rechtsentwicklung zu hemmen.

Die Aufgabe, eine Konstruktion für den Wiederkauf zu finden und ihm einen Platz im System zuzuweisen, liegt also der Wissenschaft ob. [3]) Aber diese kann nicht mehr, wie im gemeinen Recht, wo aus den Quellen, selbst wenn man die beiden fraglichen Stellen für den Wiederkauf verwertet, für das Wesen und den Aufbau des Rechtsgeschäftes kaum allgemeine Folgerungen zu ziehen sind, nach Belieben schalten, sondern der Gesetzgeber hat ihr in den §§ 497—503 einen Anhalt gegeben.

---

[1]) vergl. Erkenntnis des Obertribunals vom 21. November 1864 in Striethorst's Archiv Bd. 55. S. 294

[2]) Leonhard S. 74.

[3]) vergl. Motive: Band II. S. 340.

II.

Die Theorieen in der Wissenschaft des B. G. B.

§ 3.

Die Theorieen, die dem Wiederkauf die Vertragsnatur absprechen.

An Versuchen, das vom Gesetzgeber ihr entgegengebrachte Vertrauen zu rechtfertigen, hat es die Wissenschaft nicht fehlen lassen. Keiner der zahlreichen Konstruktionsversuche hat bisher ungeteilte Anerkennung gefunden.

Im Widerstreit der Meinungen läßt sich zunächst eine Scheidung derjenigen Ansichten, die den Wiederkauf für einen Kauf halten, von denen, die dies und damit seine Vertragsnatur überhaupt leugnen, treffen.

Unseres Erachtens kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der Wiederkauf Kauf ist. Aus den Protokollen [1]) geht klar hervor, daß der Gesetzgeber den Wiederkauf als Kauf betrachtete. Diese Anschauung hat er im Gesetz selber ebenso klar zum Ausdruck gebracht, indem er den Wiederkauf mit dem Kauf auf und nach Probe sowie dem Vorkauf zusammen unter der Überschrift „Besondere Arten des Kaufes" im unmittelbaren Anschluß an die Bestimmungen über den Kauf mit dem Kauf unter einem Titel zusammenstellt, indem er ferner die Parteien als Wiederkäufer und Wiederverkäufer und die dem Wiederkäufer obliegende Leistung als Wiederkaufspreis bezeichnet. [2])

Damit ist zunächst Schollmeyers [3]) Theorie widerlegt, der nach Bechmanns und des Österreichischen Gesetzbuchs Vorgange

[1]) vergl. II. S. 84. „Es wurde erwogen: Von der Zeit des Wiederkaufs an sei ein neuer Kauf geschlossen, der ganz den allgemeinen Grundsätzen über Kauf unterstehe."

[2]) vergl. die §§ 498—501.

[3]) S. 40 f. ferner Siebert S. 24.

in dem Wiederkaufsrecht ein bloßes Einlösungsrecht, von dem durch die Wiederkaufserklärung Gebrauch gemacht werde, erblickt. Durch die Wiederkaufserklärung, führt er aus, werde ähnlich der Rücktrittserklärung ein gegenseitiges Schuldverhältnis begründet, das aber keineswegs ein Kaufvertrag, überhaupt kein vertragsmäßiges sei, trotzdem aber wie ein durch Kaufvertrag begründetes behandelt werden müsse.[1]) Als Beispiel für ein derartiges Schuldverhältnis führt er § 915 B. G. B. an. Dort entsteht nämlich durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Rentenberechtigten, daß er vom Rentenpflichtigen gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Teil des Grundstücks dessen Wert ersetzt verlange, ein Rechtsverhältnis, auf welches die Vorschriften über den Kauf insofern Anwendung finden, als sich „die Rechte und Verpflichtungen beider Teile nach diesen Vorschriften bestimmen." Diese Fassung des Gesetzes läßt allerdings keinen Zweifel darüber, daß das Rechtsverhältnis nicht unmittelbar einem Kauf gleichgestellt werden soll, sondern daß die Ausübung des Rechts nur dieselben Folgen haben soll, als ob unter den Beteiligten ein Kaufvertrag betreffend die bebaute Fläche geschlossen worden wäre, daß also die Vorschriften über den Kauf nur analog Anwendung finden sollen. In diesem Sinne äußern sich auch die Protokolle.[2]) Wenn der Gesetzgeber nun in § 497 das gleiche Rechtsverhältnis schaffen wollte, wie in § 915, dann ist es nur verwunderlich, warum er in § 915 seiner Auffassung klar und deutlich Ausdruck verlieh, während er in den §§ 497—503 sich fortwährend der Terminologie des Kaufes bedient, obwohl er einen Kaufvertrag gar nicht im Auge hat.

Nahe steht der Theorie Schollmeyers die namentlich von Kuhlenbeck[3]) vertretene Ansicht, die Wiederkaufsabrede billige dem Käufer ein Rücktrittsrecht zu, der Rücktritt selbst werde durch Abgabe der Wiederkaufserklärung vollzogen. Ein Vergleich beider Rechtsinstitute liegt an und für sich sehr nahe, da der

---

[1]) Derselben Ansicht scheint Dernburg zu sein, Bürgerl. Recht II, 2 S. 101: „Die Erklärung des Wiederkaufs begründet, wie wenn ein Kaufvertrag abgeschlossen wäre, gegenseitige Verbindlichkeiten."

[2]) IV. S. 589.

[3]) Von den Pandekten bis zum B. G. B. I. S. 268 Nr. 4. Vergl. auch jur. Wochenschr. 1901 S. 388, ferner unten S. 11.

Wiederkauf insofern auf Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes gerichtet ist, als er zur Rückgabe der Sache gegen Rückerstattung des Kaufpreises verpflichtet. Einer Gleichstellung aber widerspricht die stärkere Anspannung der Rückgewährspflicht bei Ausübung des Rücktrittsrechtes insbesondere durch die §§ 346, 347 B. G. B. [1]) Beim Rücktritt vom Kauf sind die Parteien verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestanden haben würde, wenn der Kauf niemals abgeschlossen worden wäre. Es sind daher außer dem Kaufgegenstand Früchte und Nutzungen herauszugeben oder zu vergüten, der Kaufpreis ist mit Zinsen zurückzuzahlen und etwaige Verwendungen sind zu ersetzen. Der Wiederkauf dagegen geht nicht so weit. Er macht die Wirkungen des Kaufs, auf den er sich bezieht, in keiner Weise ungeschehen. Dem Wiederverkäufer gebühren die Früchte und Nutzungen bis zum Wiederverkauf, andererseits kann er den Kaufpreis nicht verzinst verlangen. Ja der Wiederkaufspreis kann ein anderer sein als der Kaufpreis, es kann mehr oder weniger zurückgezahlt werden als bezahlt ist, was mit der Rücktrittsnatur des Wiederkaufs ebenfalls unvereinbar ist.

Die Vertragsnatur des Wiederkaufs leugnet ferner Cosack,[2]) der den Wiederkauf für eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers erklärt.

---

§ 4.

Die Theorieen, die den Wiederkauf für eine besondere Form des Kaufes erklären.

Im Gegensatz zu den angeführten Schriftstellern überwiegt nun aber die Ansicht derer, die in dem Wiederkauf einen Vertrag und zwar, um mit dem B. G. B. zu reden, eine besondere Art des Kaufvertrages erblicken. Weiter reicht aber auch hier die Einigkeit nicht. Über das Wesen des Kaufvertrages, insbesondere über die Stellung der Wiederkaufsabrede zu und in diesem Kaufvertrage gehen die Meinungen weit auseinander.

[1]) So Endemann I. S. 1013 Oertmann S. 217. Crome II. S. 491 Enneccerus-Lehmann I. S 618. Schütze S. 92.

[2]) I. S. 462.

Die einen sagen, die Wiederkaufsabrede sei eine bindende Offerte [1]) des Käufers und späteren Wiederverkäufers, dessen Annahme durch die Wiederkaufserklärung des Wiederkaufsberechtigten erfolgt. Danach bilden also Wiederkaufsabrede und Wiederkaufserklärung die beiden Willenserklärungen, die begrifflich zu jedem Vertrage gehören.

Ferner tritt die im gemeinen Recht herrschende Ansicht auf, die Wiederkaufsabrede sei kein Bestandteil des eigentlichen Wiederkaufs, sondern lediglich Vorvertrag, der auf das Zustandekommen des Hauptvertrages, des Wiederkaufs selbst, hinziele [2])

Dritte endlich sagen, die Wiederkaufsabrede sei schon der Wiederkaufsvertrag selbst, der unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Wiederkaufsberechtigte seinen Wiederkaufswillen erklären werde, geschlossen sei,[3]) eine Ansicht, wie sie v. Vangerow schon für das gemeine Recht geäußert hat.

Die Auffassung der Wiederkaufsabrede als Offerte, der Wiederkaufserklärung als Annahme dieser Offerte ist dagegen dem gemeinen Recht fremd. Veranlassung zu diesem Konstruktionsversuch bilden die Worte des § 497 B. G. B. „Der Wiederkauf kommt mit der Erklärung des Wiederkäufers gegenüber dem Käufer, daß er sein Wiederkaufsrecht ausübe, zustande." Die Anhänger der Oblationstheorie folgern nun: Der Vertrag ist Consenserklärung, wer ihn durch seine Tat vollenden soll, muß eine Willenserklärung vorfinden, auf welche sich die eigene Erklärung als eine ihr korrespondierende beziehen kann.[4]) Diese Willenserklärung finden sie in der Wiederkaufsabrede. In dieser bietet der Käufer die Sache dem Verkäufer zum Wiederkauf an, letzterer nimmt durch die Wiederkaufserklärung das Anerbieten an und bringt so den Wiederkauf zustande.

Die Theorie hat zunächst die Schwäche, daß sie völlig übersieht, daß schon in der Wiederkaufsabrede als einem Vertrage eine Willenserklärung des Wiederkaufsberechtigten enthalten ist. Diese doch nun einmal vorhandene Erklärung

---

[1]) Planck II S. 271, Vorbem. zu § 497 Nr. 3. Abs. 2.

[2]) Turnau-Förster I S. 514, Schütze S. 75, Stintzing S. 29, 40, 42.

[3]) So Enneccerus-Lehmann I. S. 618. Oertmann, Vorbem. zu § 497, Nr. 2d, Matthiaß § 110, Ziffer VI. A., Crome II. S. 489, Hahn S. 107, v. Wangenheim S. 20.

[4]) vergl. Degenkolb S. 9.

unterzubringen, stößt auf Schwierigkeiten. Man kann sie als vorläufige Entgegnung auf die Offerte auffassen. Diese Auffassung verträgt sich aber nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen, weil sie dem Wiederverkäufer die Initiative zuschiebt und ihm zumutet, den Anstoß zu einem Geschäft zu geben, das ihn um seinen eben erst gemachten Erwerb bringen soll.

Dieses Bedenken vermeidet man allerdings, wenn man die in der Abrede enthaltene Erklärung des Wiederkaufsberechtigten als Aufforderung an den Käufer, die Wiederverkaufsofferte abzugeben, auffaßt. Dem Wiederkaufslustigen wird dann die Initiative gewahrt. Er bezweckt mit seiner Erklärung nichts weiter, als den Käufer zur Stellung seines Antrags zu veranlassen, den er sodann mit der Wiederkaufserklärung annimmt. Aber auch dann bleiben, ganz abgesehen davon, daß diese gekünstelte Konstruktion zu dem Ausdruck „Wiederkaufsabrede" nicht paßt, eine Reihe rechtlicher Bedenken bestehen. Eine drei- resp. dreißigjährige[1]) Gebundenheit an einen Antrag in einem Gesetzbuch, das sonst die denkbar kürzesten Fristen vorschreibt, erscheint zum mindesten auffällig. Auch sonst würde die Wiederkaufsofferte eine ganz besondere Art von Offerte darstellen, auf welche keineswegs die einschlägigen Vorschriften Anwendung finden könnten. So weist z. B. Barth[2]) mit Recht darauf hin, daß der Wiederkaufsberechtigte trotz § 150,2 B. G. B. zunächst sehr wohl eine Wiederkaufserklärung mit Erweiterungen, Einschränkungen und sonstigen Änderungen abgeben könnte, ohne deshalb sein Wiederkaufsrecht zu verlieren. Endlich steht dieser Auffassung noch die Vorschrift des § 497 Abs. 1 S. 2 entgegen, wonach die Wiederkaufserklärung nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form bedarf. Da die Wiederkaufsabrede, wie noch dargetan[3]) werden soll, Teil des Kaufvertrages ist, also auch seine Form teilt, würde sich der Wiederkauf aus einem formellen Antrage und einer formlosen Annahme zusammensetzen

Etwas vorsichtiger, aber doch im wesentlichen Planck zustimmend, drücken sich Hellmann[4]) und Endemann[5]) aus. Nach

[1]) vergl. § 503 B. G. B.
[2]) vergl. S. 22.
[3]) Siehe unten S. 20 ff.
[4]) S. 227.
[5]) I. S. 1013.

ihrer Ansicht ist die Wiederkaufsabrede allerdings keine Offerte, aber sie enthält diese. Die Wiederkaufsabrede ist das vertragsmäßige Ausmachen einer Verkaufsofferte. Die Vertragsnatur der Wiederkaufsabrede wird also hier nicht verkannt, doch sprechen auch gegen diese Ansicht die lange Gebundenheit des Offerenten und die Formlosigkeit der Wiederkaufserklärung.

Der Vertragsnatur der Wiederkaufsabrede werden auch diejenigen gerecht, welche die Wiederkaufsabrede als einen Vorvertrag, pactum de contrahendo, gerichtet auf Abschluß des Wiederkaufs, auffassen.

Das B. G. B. enthält keine Bestimmungen über den Vorvertrag.[1]) doch unterliegt es nach dem herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit keinem Zweifel, daß ein Vertragsschluß zum Gegenstand eines anderen Vertrages gemacht werden kann. Man unterscheidet einseitig und zweiseitig bindende Vorverträge,[2]) je nachdem sie zum Abschluß des Ausführungsvertrages einen oder beide Teile verbinden. Hier interessieren uns nur die ersteren und unter diesen wieder nur nur diejenigen, welche auf den Abschluß eines gegenseitigen Konsensualvertrages hinzielen.

Als ein solcher einseitig bindender Vorvertrag zu einem gegenseitigen Konsensualvertrag wird die Wiederkaufsabrede aufgefaßt. Sie bindet nur den Wiederverkäufer zum Abschluß des Hauptvertrages, des Wiederkaufs, der Wiederkäufer hat freien Willen. Diese Ansicht wurde bisher von Turnau-Förster, Schütze und Burdorf vertreten. Auch Kuhlenbeck scheint der Vorvertragstheorie neuerdings zuzuneigen, wenn er im Wiederkaufsrecht ein Beispiel eines vertragsmäßigen Kontrahierungszwanges erblickt.[3]) Die herrschende Meinung jedoch hält diese Konstruktion von vornherein für ausgeschlossen, weil der Wiederkauf nach § 497 B. G. B. durch einen einseitigen Willensakt, nicht aber durch einen von der Wiederkaufsabrede verschiedenen Vertragsschluß zustande kommt. Turnau-Förster begründen ihre Ansicht nicht. Schütze begnügt sich mit dem Hinweis, der

[1]) Auch in den Vorarbeiten zum B. G. B. ist nur an zwei Stellen, nämlich in den Motiven I. S. 178 und S. 184 vom Vorvertrag die Rede.

[2]) vergl. Adler S. 239.

[3]) vergl. Jur. Wochenschr. 1901 S. 388, ferner oben S. 7

Vorvertrag setze sich durch die Erklärung des Berechtigten kraft positiver Gesetzesbestimmung unmittelbar in einen Hauptvertrag um, ohne nach einem Grunde für eine solche Umwandelung zu suchen. Mit Recht wendet Matthiaß[1]) dagegen ein, daß ein derartiger Erklärungsversuch einen Verzicht auf jegliche rechtliche Konstruktion bedeute.

Einen beachtenswerten Versuch, diese Bestimmung des § 497 als im Einklang mit der Vorvertragstheorie darzustellen, hat neuerdings Stintzing in seiner Schrift: „Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse" unternommen.[2]) Stintzing führt etwa folgendes aus: „Wenn fast einstimmig angenommen wird, daß der einseitige Vorvertrag lediglich auf den Abschluß des sogen. Hauptvertrages abziele, indem er zur Abgabe der zum Zustandekommen des Hauptvertrages erforderlichen Willenserklärung verpflichte, so ist damit der Inhalt des Vorvertrages keineswegs erschöpfend gekennzeichnet. Vielmehr, wenn sich jemand einem anderen verpflichtet, ihm einen gewissen Gegenstand zu verkaufen, wenn er es innerhalb einer bestimmten Frist verlangen werde, so ist dem Berechtigten nicht sowohl damit gedient, daß der Verpflichtete in dem gegebenen Augenblick die zum Zustandekommen des Hauptvertrages erforderliche Willenserklärung abgibt, sondern daß er sich bereit und fähig erhält, den Kaufgegenstand jederzeit zu liefern. Dann aber kommt es dem Gläubiger gar nicht mehr darauf an, daß der Schuldner Ja sage; eine solche Willenserklärung kann nur noch die Bedeutung eines Anerkenntnisses haben. Ich verpflichte mich, mich verpflichten zu wollen, wenn Du es verlangst, bedeutet nach Treu und Glauben: Ich bin verpflichtet zu leisten, wenn Du es verlangst. Ein ausdrücklicher Abschluß des Hauptvertrages durch eine Willenserklärung des Verpflichteten ist also überflüssig. Die aus dem Vorvertrag sich ergebende Verpflichtung ist auf Leistungsbereitschaft gerichtet und diese wandelt sich auf Anfordern des Berechtigten in eine Erfüllungspflicht."[3])

[1]) I. S. 521. § 110 VI. A.

[2]) Von Stintzings Schrift ist zunächst nur das erste Heft erschienen. Die besondere Behandlung des Wiederkaufs behält sich der Verfasser für später vor. Jedoch sollen die von ihm aufgestellten allgemeinen Grundsätze zweifellos auch von der Wiederkaufsabrede gelten. vergl. S. 29, 40, 42.

[3]) vergl. Stintzing S. 22, 24, 26, 33.

Indem Stintzing dem Vorvertrag diesen Leistungsinhalt gibt, glaubt er dessen vielfach angezweifelte Existenzberechtigung gesichert zu haben. Das moderne Recht ist dem Vorvertrag nämlich nicht günstig gesinnt. Man hält ihn für eine überflüssige, verkehrserschwerende Einschiebung. Da nach der herrschenden Ansicht der Vorvertrag eine Verpflichtung auf Abgabe einer verpflichtenden Erklärung enthält, diese Erklärung also die Voraussetzung für den sich aus ihr ergebenden Anspruch bildet, so muß logischer Weise, falls der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt, zunächst auf Abgabe der Willenserklärung geklagt werden. Nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils, mit dem gemäß § 894 C. P. O. die geschuldete Willenserklärung als abgegeben gilt, bedarf es dann einer neuen Klage auf Erfüllung der sich aus dem erzwungenen Vertrage ergebenden Pflichten. Eine Abkürzung dieses umständlichen Verfahrens, die schon im gemeinen Recht geübt wurde,[1]) erreicht man allerdings, indem man die Klage auf Abschluß des Hauptvertrages mit der auf Erfüllung desselben verbindet. Doch bleibt der Mißstand, daß eine vorläufige Vollstreckung des Urteils nicht möglich ist, da der Vertrag, auf den sich der durch die Vollstreckung zu realisierende Anspruch gründet, erst mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils als abgeschlossen gilt. Es zeigt sich daher im modernen Recht allgemein die Neigung, „Verpflichtungen auf Abgabe verpflichtender Erklärungen in die unmittelbare Verpflichtung zu derjenigen Leistung umzusetzen, welche sich bei Abgabe der betreffenden Erklärung als Objekt der aus ihr abzuleitenden Verpflichtung darstellen würde, m. a. W. die verpflichtende Willenserklärung zu Gunsten direkter Herstellung des durch sie erst zu ermittelnden Erfolges zu überspringen".[2])

Dieses Streben trägt, wie Degenkolb hervorhebt, den Zerstörungskeim für den Vorvertrag in sich. Vor allem wird

---

[1]) vergl. Kipp S. 61: „Nach gemeinem Recht kann es keinen Zweifel leiden, daß mit jeder Klage auf eine Willenserklärung die Klage auf Realisierung ihrer Folgen verbunden werden kann. Ist auch der Grund dieser Klage, die Willenserklärung noch nicht da, so muß es doch genügen, daß der Grund des Grundes, der Anspruch auf die Willenserklärung vorhanden ist."

[2]) vergl. Degenkolb S. 75.

den zweiseitig bindenden Vorverträgen zu Consensualverträgen vielfach die Existenzberechtigung abgesprochen,[1]) da sie mit dem Hauptvertrag, den sie erstrebten, zusammenfielen. Um rechtswirksam zu sein, müsse ein solcher Vorvertrag die Essentialien des künftig abzuschließenden Hauptvertrages bereits in bindender Weise bestimmen. Eine erneute gegenseitige Erklärung des Vertragswillens habe daher keine Bedeutung mehr.

Aber auch die einseitig bindenden Vorverträge zu Consensualverträgen haben ihre Gegner.[2]) Man sagt, der einseitige Vorvertrag sei in Wirklichkeit weiter nichts als ein unter aufschiebender Potestativbedingung geschlossener Hauptvertrag oder eine bindende Vertragsofferte. Zu einem Vergleich oder sogar zur teilweisen Gleichstellung dieser drei Rechtsinstitute gab im gemeinen Recht der Streit über die rechtliche Natur des Kaufs auf Probe Veranlassung. So erklärt Goldschmidt[3]) den Kauf auf Probe als ein pactum de retrovendendo, um dann fortzufahren, dieser einseitige Verkaufsvertrag lasse sich aber auch als ein Kauf unter Potestativbedingung für den Käufer fassen. Auch Adler[4]) und Eccius[5]) halten Offerte, bedingten Vertrag und einseitigen Vorvertrag nicht immer scharf auseinander. Wenn Unger[6]) gegen eine derartige Vermischung der Begriffe und Verwischung ihrer Merkmale Einspruch erhebt, so ist ihm darin nur Recht zu geben. Die Offerte als einen unter aufschiebender Bedingung der Annahme geschlossenen Vertrag zu erklären, ist abgesehen davon, daß es sich in dem einen Falle um eine einseitige Willenserklärung, im anderen Falle um Consenzerklärung handelt, ebenso unlogisch, wie einen einseitig bindenden Vorvertrag einem unter aufschiebender Potestativbedingung geschlossenen Vertrage gleichzusetzen. Offerte sowohl

[1]) So Bechmann II. S. 283, Koch § 70, Schloßmann S. 5, Stintzing S. 62, a. M. Degenkolb S. 22, Göppert S. 420, Adler S. 257.

[2]) vergl. Schloßmann S. 7, a. M. Bechmann II. S. 283: „Unser Resultat ist, der einseitige Vorvertrag fällt niemals, der zweiseitige immer mit dem Hauptvertrage zusammen."

[3]) S. 275.

[4]) S. 242.

[5]) I. S. 441.

[6]) S. 389 f. vergl. ferner Fitting in Goldschmidts Zeitschrift B. II. S. 230 ff.

wie Vorvertrag streben erst auf Abschluß eines Vertrages hin, bis dahin ist kein Vertrag vorhanden, auch kein bedingter. Was endlich die Gleichsetzung von Offerte und einseitigem Vorvertrag unter dem Gesichtspunkt der einseitigen Bindung des einen Kontrahenten betrifft, so darf man dabei nicht übersehen, daß die Gebundenheit einmal auf einseitiger Willenserklärung, das andere Mal auf Vertrag beruht.

War es im gemeinen Recht der Kauf auf Probe, der zu einer Gleichstellung der drei Begriffe Veranlassung gab, so ist es im bürgerlichen Recht das Gebiet des Wiederkaufs, auf dem sich dieselbe Entwickelung anzubahnen scheint. So schreibt Wangenheim [1]) bei seinem Konstruktionsversuch des Wiederkaufs: „Die von Planck vertretene Ansicht, daß in dem Vorbehalt eher ein auf Wiederkauf gerichteter Vertragsantrag liege, an den der Käufer für die in § 503 bestimmte Frist gebunden sei, läuft m. E. schließlich auch nur auf die Konstruktion des Vorbehalts als eines besonderen, suspensiv bedingten Kaufes heraus, eines Kaufes, bedingt dadurch, daß der Verkäufer innerhalb einer bestimmten Frist kaufen zu wollen erklärt. Einen Schritt weiter in dieser Richtung tut unseres Erachtens Stintzing. Er entkleidet den Vorvertrag seines charakteristischen Merkmals und stellt ihn dem bedingten Vertrage gleich, wenn er die sich aus dem Vorvertrag ergebende Verpflichtung: „ich verpflichte mich, mich verpflichten zu wollen, wenn Du es verlangst", in dem Sinne: „ich bin verpflichtet, falls Du es verlangst", auslegt. Denn was ist jene Verpflichtung dann anderes, als eine von einer Potestativbedingung abhängig gemachte!

Andererseits kommt Stintzing mit seiner Auffassung auch der Oblationstheorie sehr nahe. Die zum Abschluß des Hauptvertrages erforderliche Willenserklärung des Verpflichteten soll ja schon in dem Vorvertrag liegen; wir meinen, Endemann und Hellmann nennen das Kind nur bei Namen, wenn sie sagen, in der Wiederkaufsabrede liege eine bindende Offerte, die durch die Wiederkaufserklärung dann zu dem eigentlichen Wiederkauf ergänzt werde.

Stintzing ist dieses Ergebnis offenbar nicht verborgen geblieben. Doch findet er den Unterschied zwischen einseitigem

---

[1]) vergl. S. 21.

Vorvertrage einerseits und bedingtem Vertrage sowie der Offerte andererseits in folgendem: Den Leistungsinhalt des Vorvertrages bilde die Pflicht zur Erfüllungsbereitschaft. Wenn diese zweifellos auch bei dem bedingten Vertrage und der Offerte vorhanden sei, so sei doch ihr wirtschaftlicher Zweck und die juristische Natur ganz verschieden.

Diese seine Behauptung sucht Stintzing an dem Kauf auf Probe zu beweisen, den er als Beispiel des unter aufschiebender Potestativbedingung geschlossenen Vertrages mit der Offerte zusammen dem einseitigen Vorvertrage gegenüber stellt. Bei der Offerte und bei dem Kauf auf Probe trete die Erfüllungsbereitschaft als Leistung zurück, nicht blos, weil die Frist sehr kurz bemessen sei, sondern weil die Bereitschaft ein Opfer sei, das der Antragende überwiegend in seinem Interesse bringe. Das Opfer werde, soweit es ponderabel sei, durch die Gewinnchancen (das Zustandekommen des Vertrages) aufgehoben. Beim Vorvertrage sei das Opfer dagegen viel beträchtlicher. Je länger die Gebundenheit dauere, desto mehr riskiere der Verpflichtete, günstige Gelegenheiten ausschlagen zu müssen, desto längere Zeit müsse er dem Leistungsgegenstand Sorgfalt angedeihen lassen. Da somit die Last eine stets größere werde, der in Aussicht stehende Vorteil aber derselbe bleibe, so werde die Leistungsbereitschaft mehr und mehr ein dem Berechtigten geleisteter Dienst, eine Interessenwahrung für denselben, die vielfach im wirtschaftlichen Verkehr als selbständige Leistung durch ein entsprechendes Äquivalent gewertet werde.[1])

Dieser Unterschied mag zwischen Vorvertrag und Offerte gelten. Im übrigen aber leidet die Beweisführung an der großen Schwäche, daß sie an Stelle des bedingten Vertrages im allgemeinen eine seiner Einzelerscheinungen, den Kauf auf Probe setzt und die gerade diesem Beispiel eigentümlichen Merkmale in der Weise verallgemeinert, daß sie dieselben zu Eigentümlichkeiten des bedingten Vertrages überhaupt erhebt. Mag es sich beim Kauf auf Probe nur um kurze Fristen handeln, beim bedingten Kauf ganz allgemein sind lange Fristen ebensogut möglich, wie beim einseitigen auf Abschluß eines Kaufes gerichteten Vorvertrages. Nicht nur der Vorvertrag, sondern auch der

[1]) S. 28 f.

bedingte Vertrag schaffen einen Zustand der Gebundenheit, während dessen sich der Verpflichtete zur Erfüllung bereit halten muß, und bei größerer Dauer der Gebundenheit wächst auch die Bedeutung und der Wert der aus dem bedingten Vertrage resultierenden Erfüllungsbereitschaft als Leistung und findet dann naturgemäß ganz von selbst bei Berechnung der Gegenleistung Berücksichtigung. Von einer selbständigen Leistung, als die Stintzing die Erfüllungsbereitschaft aus dem Vorvertrage im Gegensatz zu der aus dem bedingten Vertrage hinstellen will, kann weder hier noch dort die Rede sein. Die Leistungsbereitschaft hat keinen Selbstzweck, sondern soll lediglich die einstige Vertragserfüllung sichern. Der beste Beweis für ihre rein präparatorische Natur liegt darin, daß eine Zuwiderhandlung gegen die Pflicht zur Leistungsbereitschaft zum Schadenersatz erst dann verpflichtet, wenn wirklich Erfüllung begehrt ist.

Wir halten also mit Degenkolb daran fest: „Ein Vorvertrag liegt nur vor, wenn ein künftiger Vertragsschluß in Aussicht genommen und eine darauf gerichtete Verpflichtung eingeräumt ist, so daß der Verpflichtete durch seine Mitwirkung bei dem contrahere den künftigen sog. Hauptvertrag herzustellen oder dazu mitzuhelfen hat." — Übergeht man die zum Abschluß des Vertrages erforderliche Willenserklärung als überflüssig, so erhält man ein Rechtsgebilde, das sich in nichts mehr von dem unter aufschiebender Potestativbedingung geschlossenen Kauf unterscheidet.

Praktisch erreicht man auf beiden Wegen dasselbe, man wird daher, wenn angängig, den bedingten Vertrag als den einfacheren dem einseitigen Vorvertrage vorziehen.

Als einen solchen bedingten Vertrag, nämlich als einen unter der Bedingung der Abgabe der Wiederkaufserklärung geschlossenen Kauf fassen wir die Wiederkaufsabrede auf. Die Wiederkaufsabrede selbst ist der Wiederkauf, seine Wirkungen treten aber erst mit der Erklärung des Berechtigten, daß er sein Wiederkaufsrecht ausübe, ein.

Auf die Streitfrage, ob und inwieweit eine Verpflichtung von dem Willen des Verpflichteten abhängig gemacht werden könne, ist hier nicht näher einzugehen. Der Streit ist im wesentlichen dahin entschieden, daß eine einseitige, auf den Willen des Verpflichteten gestellte Verpflichtung: „ich verpflichte

mich, wenn ich mich verpflichten will", keine Verpflichtung ist, daß jedoch ein gegenseitiger Vertrag nicht dadurch nichtig wird, daß der eine der Kontrahenten sich unter einer solchen Bedingung verpflichtet hat.[1])

Auf diesem Standpunkt steht auch das B. G. B. Es konstruiert selbst in § 495 den Kauf auf Probe als einen unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossenen Kaufvertrag und stellt die Billigung in das Belieben des Käufers. Der erste Entwurf erklärte es ferner in § 138 für unzulässig, eine Verbindlichkeit durch aufschiebende Bedingung von dem bloßen Willen des Verpflichteten abhängig zu machen, setzte aber in § 79 ausdrücklich eine Ausnahme von dieser Regel für gegenseitige Verträge fest. Daß beide Paragraphen gestrichen wurden, liegt nicht daran, daß man später an ihrer Richtigkeit zweifelte, sondern daß die nur zu billigende Ansicht die Oberhand gewann, daß derartige Lehrbuchregeln nicht in ein Gesetzbuch gehörten.

Freilich würde kein Termin gesetzt, bis zu welchem der Berechtigte seinen Willen erklären müßte, so wäre eine solche Potestativbedingung auch bei gegenseitigen Verträgen nicht angängig. Ein Umstand, dessen Eintritt ewig schwanken kann, ist überhaupt eine Bedingung im Rechtssinn nicht. Aber dieses Bedenken fällt beim Wiederkauf fort, da das Wiederkaufsrecht mangels Parteiabrede nur innerhalb der im § 503 festgesetzten Zeit ausgeübt werden kann.

Somit erscheint der Einwand der Unzulässigkeit der Bedingung si volam gegen den in Frage stehenden Konstruktionsversuch nicht stichhaltig.[2]) Bei der nunmehr im zweiten Teil erfolgenden Besprechung der über den Wiederkauf aufgestellten

---

[1]) So Windscheid-Kipp I. § 93, Adler S. 249, Goldschmidt I. S. 275 f, Crome I. S. 204, Endemann I. § 76. Anm. 20. — Die Zulässigkeit der reinen Wollensbindung überhaupt wird verneint von Bechmann § 178 S. 200 ff, im Anschluß an ihn von Siebert S. 14, 23. Neuerdings beginnt sich die Anschauung, die Wollensbedingung sei ohne Einschränkungen, auch bei einseitigen Verpflichtungen zulässig, vereinzelt Geltung zu verschaffen. vergl. Leonhard S. 204 ff, Dernburg bürgerl. Recht I. § 152, Hölder S. 345, Krug S. 184.

[2]) a. M. Siebert S. 14 u. 23, der aus diesem Grunde den Konstruktionsversuch ablehnt.

gesetzlichen Bestimmungen wird im einzelnen zu untersuchen sein, ob die Konstruktion mit dem Gesetz in Einklang steht. Denn wie sich die Richtigkeit der Lösung eines Rechenexempels durch das Aufgehen desselben kundtut, so dürfte es auch der beste Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht sein, wenn sich die über das Wiederkaufsrecht bestehenden Rechtssätze restlos der Konstruktion der Wiederkaufsabrede als eines unter der aufschiebenden Bedingung der Wiederkaufserklärung geschlossenen Kaufes unterordnen lassen.

B.

Inhalt und Wirkungen der Wiederkaufsabrede.

§ 5.

Die Wiederkaufsabrede ein Teil des Kaufvertrages.

In den meisten Fällen wird sich der Verkäufer unmittelbar beim Abschluß des Kaufes, des Urkaufes, wie ihn Endemann treffend nennt, das Wiederkaufsrecht einräumen lassen, so daß sich der Wiederkaufsvorbehalt als eine Nebenabrede des Urkaufvertrages darstellt. Diesen Fall hat der Gesetzgeber im Auge, wenn er im § 497 sagt: „Hat sich der Verkäufer im Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufs vorbehalten" . . .

Ebensogut besteht aber auch die Möglichkeit einer nachträglichen Zusicherung des Wiederkaufsrechtes, und diese soll, wie allgemein zugegeben wird, keineswegs durch die Eingangsworte des § 497 ausgeschlossen werden.[1]) Einen Hinweis des Gesetzes auf die Zulässigkeit eines solchen Nachtrages erblickt man darin, daß im § 503 als Anfang der drei- bezw. dreißigjährigen Frist nicht der Abschluß des Urkaufes, sondern die Vereinbarung des Vorbehalts festgesetzt ist.

Es empfiehlt sich daher,[2]) die gesetzliche Bezeichnung „Wiederkaufsvorbehalt", die nur für den Fall des zeitlichen Zusammenfallens von Urkauf und Vereinbarung des Wiederkaufsrechtes paßt, durch die beide Fälle umfassende allgemeine Bezeichnung „Wiederkaufsabrede" zu ersetzen.

Der zeitliche Unterschied zwischen dem Abschluß des Urkaufs und der Wiederkaufsabrede ist kein unbegrenzter. Urkauf und Wiederkaufsabrede bilden eine Einheit. Nur so lange sich die Parteien dieses Zusammenhanges bewußt sind,

---

[1]) vergl. Entwurf I. § 476, Motive II. S. 399, Planck II. S. 271.
[2]) vergl. Barth S. 14.

nur so lange sie die nachträgliche Abrede als einen wirklichen Nachtrag zum Kaufvertrag auffassen, können wir von Wiederkaufsabrede im Sinne des Gesetzes und schließlich auch von Wiederkauf, auf den die Sonderbestimmungen der §§ 497—503 Anwendung finden, reden.[1])

Als Teil des Kaufvertrages unterliegt die Wiederkaufsabrede auch dessen Form, mag diese gesetzlich vorgeschrieben sein oder auf Parteivereinbarung beruhen. Eine formlose Abrede neben einem formellen Kaufvertrag oder als Nachtrag[2]) zu einem formellen Kaufvertrag ist nichtig. Es besteht allerdings die Möglichkeit einer nachträglichen Heilung dieser anfänglichen Nichtigkeit. Denn wie der ohne Beobachtung der Form abgeschlossene Veräußerungsvertrag gemäß § 313 B. G. B. durch die Auflassung seinem ganzen Inhalt nach, also auch mit allen Nebenbestimmungen und Nachträgen durch die Auflassung giltig wird, ebenso erlangen die formlosen Nebenbestimmungen eines formellen Veräußerungsvertrages durch die auf Grund des letzteren erfolgte Auflassung Giltigkeit.[3]) Insofern hat also auch eine formlose Wiederkaufsabrede bei Grundstückskäufen ihre Bedeutung.

---

§ 6.

Die Essentialien der Wiederkaufsabrede.

Für jeden Kaufvertrag ist Einigung über die zu liefernde Ware und den zu zahlenden Kaufpreis begrifflich wesentlich. So muß auch die Wiederkaufsabrede als ein bedingter Kauf Bestimmungen darüber enthalten, welche Ware geliefert und welcher Preis gezahlt werden soll, wenn die Bedingung eintritt.

Als Ware kommt von vornherein nur der Gegenstand des Urkaufs in Betracht. Doch halten wir eine Abrede, wonach der Käufer einer Gattungssache verspricht, dem Verkäufer auf sein Verlangen zwar nicht dieselbe Sache, aber eine Sache der-

---

[1]) Windscheit-Kipp II. S. 600.
[2]) vergl. Motive I. S. 182/83 (R. G. E. LI. S. 181),
[3]) vergl. Dernburg II, 2. S. 99, Planck II. S. 85, Anm. zu § 313 No. 2, Oertmann S. 62, Anm. zu § 313 No. 6.

selben Gattung zurückzuverkaufen, ebenfalls für eine Wiederkaufsabrede, den darauf zustande gekommenen Kauf für einen Wiederkauf. Besteht doch das Wesen der Gattungssache in dem Mangel jeglicher Individualität, vermöge dessen die eine Sache wie die andere ist, eine für die andere geliefert werden kann.

Ferner muß in der Wiederkaufsabrede bereits eine Einigung über den zu zahlenden Kaufpreis oder wenigstens über die Art und Weise, in welcher seine Höhe später bestimmt werden soll, enthalten sein. Die Mittel und Wege, die Festsetzung des Wiederkaufspreises vorläufig noch hinauszuschieben, sind die gleichen, wie bei jedem gewöhnlichen Kauf. So kann z. B. verabredet werden, daß die Festsetzung des Preises durch einen dritten zu erfolgen habe. (§ 317 B. G. B.) Soll der Schätzungswert maßgebend sein, so ist im Zweifel der Wert zu Grunde zu legen, den der Wiederkaufsgegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat. (§ 501.) Für den Fall, daß über den Preis oder die Art seiner Festsetzung keine Bestimmung getroffen ist, greift die Auslegungsregel des § 497 Abs. 2 ergänzend ein: „Der Preis, zu welchem verkauft ist, gilt im Zweifel auch für den Wiederkauf." Die in der gemeinrechtlichen Wissenschaft, besonders von Glück[1]) vertretene Ansicht, daß in diesem Falle der Preis als vereinbart gelten müsse, der dem Wert der Sache zur Zeit des Wiederkaufs entspreche, hat im B. G. B. keine Anerkennung gefunden.[2])

Man hat in der Bestimmung des § 497 Abs. 2 einen Beweis dafür erblicken wollen, daß der Wiederkauf gar kein neuer Kauf, sondern lediglich Auflösung des Urkaufes sei,[3]) in dem man sagte: Handelte es sich bei dem Wiederkauf tatsächlich um einen Kauf, so müßte mangels einer Festsetzung des Preises gemäß § 316 B. G. B. die Bestimmung des Kaufpreises dem Verkäufer überlassen werden, dieser aber dürfe gemäß § 315 B. G. B. nur nach billigem Ermessen fordern. Was aber billig sei, könne nur eine Abschätzung ergeben, es würde also im Zweifel der Schätzungswert zur Zeit des Wiederkaufs zu Grunde zu legen sein.

---

[1]) vergl. S. 220.

[2]) Wie das B. G. B. schon das A. L. R. I, 11 § 296 und das Sächsische B. G. B. § 1131.

[3]) Siebert, S. 58.

Wir können diese Schlußfolgerung nicht billigen. Die Vorschrift des § 497 erklärt sich vielmehr aus der engen Anlehnung der Wiederkaufsabrede an den Kauf. Kauf und Wiederkaufsabrede haben dieselbe Kaufsache zum Gegenstand; es ist nur billig, daß bei Gleichheit der Ware auch ein gleicher Preis zu Grunde gelegt wird. Sollte sich während des Schwebezustandes der Wert der Kaufsache erheblich verändern, so läßt sich ein Ausgleich immer noch gemäß §§ 498|500 B. G. B. ermöglichen.

---

§ 7.

Der Inhalt des Wiederkaufsrechtes.

Die Wiederkaufsabrede zeitigt das Wiederkaufsrecht. Der Inhalt des Wiederkaufsrechtes wird meist dahin angegeben, das Wiederkaufsrecht sei das Recht, durch einseitige Erklärung den Wiederkauf zustande zu bringen. Es gewähre zunächst keinerlei Ansprüche gegen den Gegner, Ansprüche entständen erst durch Ausübung des Wiederkaufsrechtes.[1])

Wer den Wiederkauf als einen bedingten Kauf auffaßt, wird zu einem wesentlich anderen Ergebnis gelangen. Nach dieser Auffassung stellt sich das Wiederkaufsrecht als ein bedingter Anspruch auf Lieferung des Kaufgegenstandes gegen Zahlung des Kaufpreises dar. Der Wiederkaufsberechtigte hat es in der Hand, jederzeit den Eintritt der Bedingung herbeizuführen und den bedingten Anspruch in einen unbedingten zu verwandeln.

Jedes aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft äußert aber schon vor Eintritt der Bedingung gewisse Rechtswirkungen. Man nennt den Zustand, während dessen es ungewiß ist, ob die Bedingung eintreten wird, (condicione pendente) einen Schwebezustand. Der bedingt Forderungsberechtigte kann zwar Erfüllung noch nicht verlangen, aber er hat bereits eine Anwartschaft oder eine Erwerbsberechtigung, wie sie Enneccerus[2])

---

[1]) Windscheid-Kipp II. S. 600, Leske S. 211, VIII. Planck II. S. 271, v. Wangenheim S. 19.

[2]) Rechtsgeschäft und Bedingung S. 600—622.

nennt. — Dieser Anwartschaft muß der bedingt Verpflichtete Rechnung tragen. Er hat sich daher jeder rechtlichen wie tatsächlichen Verfügung über den Leistungsgegenstand zu enthalten, die eine spätere Erfüllung beeinträchtigen könnte, ferner hat er den Leistungsgegenstand auch vor jeder schädigenden Einwirkung von anderer Seite mit dem Maß von Sorgfalt zu bewahren, das er anzuwenden haben würde, wenn das Rechtsgeschäft unbedingt errichtet worden wäre, kurz, ihm liegt eine ebensolche Bereitschaftspflicht ob, wie sie Stintzing dem aus dem Vorvertrag Verpflichteten auferlegt.

Auch die Wiederkaufsabrede gewährt eine solche Anwartschaft. Der Wiederverkaufspflichtige wird durch die Wiederkaufsabrede ebenso gebunden, wie jeder andere bedingt Verpflichtete. Auch er hat den Wiederkaufsgegenstand zum Wiederverkauf bereit zu halten. Durch Vereinbarung der Wiederkaufsabrede bezweckt der Wiederkaufslustige nämlich, sich den Rückerwerb des Wiederkaufsgegenstandes in dem Zustand zu sichern, in dem er sich zur Zeit der Wiederkaufsabrede befindet. Den Gegenstand in diesem Zustand zu erhalten, ist der Inhalt der Bereitschaftspflicht des Wiederverkaufspflichtigen.[1]) Er hat deshalb ebenfalls nicht nur selbst jede Einwirkung auf den Leistungsgegenstand zu unterlassen, sondern auch sonst alle Sorgfalt auf ihn zu verwenden, um ihn vor Schaden zu bewahren. Die Ähnlichkeit der §§ 498 Abs. 2, 499 mit § 160 ist augenfällig.

Verletzt der Wiederverkaufspflichtige die Bereitschaftspflicht, so wird eine Schadensersatzpflicht an sich dadurch noch nicht begründet. Die Schadensersatzpflicht entsteht vielmehr nur bedingt. Wie bei jedem bedingten Vertrage hängt sie davon ab, daß die Bedingung eintritt und nun der dadurch unbedingt gewordene Leistungsanspruch infolge der Nichtbeachtung der Bereitschaftspflicht nicht oder nicht voll erfüllt werden kann. Die Erklärung dafür liegt in der bereits hervorgehobenen[2]) Unselbständigkeit

[1]) § 478 des I. Entwurfs faßte die Verpflichtung des Wiederverkäufers ausdrücklich dahin zusammen: „Durch die Schließung des Wiederkaufs wird der Wiederverkäufer verpflichtet, dem Wiederkäufer den Kaufsgegenstand in dem Zustande, in welchem derselbe zur Zeit des Vorbehalts des Wiederkaufsrechtes sich befunden hat, herauszugeben."

[2]) vergl. oben S. 17.

der Leistungsbereitschaft als Leistung. Das Anrecht will lediglich das künftige Recht sichern, die sich aus ihm ergebende Bereitschaftspflicht dient nur den Zwecken späterer Erfüllung. Tritt letztere nicht ein, so ist die Erfüllungsbereitschaft vergeblich gewesen und auch ihre eventuelle Nichtbeachtung bleibt ohne Folgen.[1])

Dennoch gewährt das Wiederkaufsrecht dem Berechtigten, auch ehe er den Wiederverkauf verlangt, wie jedes Anrecht, schon eine gewisse Macht gegenüber dem Verpflichteten. Beachtet der Verpflichtete nämlich das Anrecht nicht, sondern verletzt er seine Bereitschaftspflicht, so hat es der Wiederkaufsberechtigte in der Hand, die Anordnung des Arrestes (§ 916 C. P. O.) oder den Erlaß einer einstweiligen Verfügung (§ 935 C. P. O.) herbeizuführen und dadurch die zukünftige Ausübung seines Wiederkaufsrechtes zu sichern. Praktisch verwertbar muß besonders § 935 C. P. O. erscheinen: „Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte." —

Durch einstweilige Verfügung ist sogar eine Sequestration des Wiederkaufsgegenstandes zulässig, also ein tiefer Eingriff in die Rechtssphäre des Wiederverkaufspflichtigen möglich.

Das Wiederkaufsrecht ist streng obligatorisch. Hat ein Dritter ein Recht an dem Wiederkaufsgegenstand erworben, so kann es ihm der Wiederkaufsberechtigte nicht wieder entreißen. Er hat nur ein Recht gegen den Wiederverkaufspflichtigen, gegen den Dritten ist er machtlos. Wenn allerdings die Motive behaupten,[2]) auch der Umstand, daß der dritte Erwerber das obligatorische Recht des Wiederkaufsberechtigten gekannt habe, gebe dem Berechtigten keinen Anspruch gegen den Dritten, weder auf Übergabe des Gegenstandes noch auf Schadensersatz, so geht das unzweifelhaft zu weit. Es gilt nicht in den Fällen besonderer Arglist des Erwerbers. Wer in dem Bewußtsein und der Absicht, das Wiederkaufsrecht eines anderen damit zu ver-

[1]) Die nähere Besprechung der Rechtsfolgen, die die Verletzung der Bereitschaftspflicht nach sich zieht, bleibt daher dem Abschnitt C. (S. 43 f) vorbehalten.

[2]) II. S. 340.

eiteln, den Wiederkaufsgegenstand kauft, fügt dem Berechtigten in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zu, für den er gemäß § 826 B. G. B. einzustehen hat.[1]) Einen Anspruch auf Herausgabe des Gegenstandes an sich hat er aber auch in diesem Falle nicht. Das B. G. B. kennt ein derartiges Mittelding zwischen obligatorischem und dinglichem Recht, wie das Recht zur Sache des A. L. R. I, 19 § 5, I, 10 § 25 nicht mehr.

Das Wiederkaufsrecht kann weder an beweglichen noch an unbeweglichen Sachen als ein dingliches eingeräumt werden, im Gegensatz zu dem Vorkaufsrecht, das als Recht am Grundstück möglich ist. Dem Wiederkaufsrecht glaubte man den dinglichen Charakter aus denselben Gründen versagen zu müssen, welche zur Verwerfung eines dinglichen Vorkaufsrechtes mit einem vorausbestimmten Preise führten. Als solche Gründe führen die Motive[2]) an kulturschädliche Wirkungen, Sperrung des Grundbuchs, Gefährdung gutgläubiger Dritter und infolgedessen eine Minderung des Realkredits.[3]) Außerdem könnten

[1]) vergl. Kuhlenbeck S. 386 in der Jur. Wochenschr. 1901.

[2]) vergl. Bd. III. S. 453.

[3]) Auf dem ihr durch Art. 62 des Einführungsgesetzes zum B. G. B. vorbehaltenen Gebiet des Rentengüterwesens hat die preußische Landesgesetzgebung ein dingliches Wiederkaufsrecht geschaffen. (Art. 29 des Preußischen A. G.) Der Rentenberechtigte kann sich ein Wiederkaufsrecht am Rentengut sichern für den Fall, daß der Rentenpflichtige das Rentengut veräußert oder seinen im Rentengutsvertrage festgesetzten Verpflichtungen nicht nachkommt. Rentenberechtigt ist in der Regel der preußische Staat. Denn wenn nach dem Gesetz vom 27. Juni 1890 auch Privatpersonen die Errichtung von Rentengütern gestattet ist, so ist doch die Zahl solcher Privatrentengüter gering. Der Staat vergibt Rentengüter hauptsächlich in den Ostmarken zur Hebung des Kulturzustandes und zur Erhaltung des Grundbesitzes in deutscher Hand. Zur Sicherung dieser Zwecke soll neben dem dinglichen Vorkaufsrecht das dingliche Wiederkaufsrecht dienen. Das Bedenken der Motive gegen die Zulassung eines dinglichen Wiederkaufsrechtes fällt hier, wenigstens soweit es sich um staatliche Rentengüter handelt, fort, da nicht ein Wiederkauf zu einem bestimmten Preise, sondern zu einem bestimmbaren Preise in Frage steht und dieser Preis durch die Generalkommission bestimmt wird. vergl. Protok. III. S. 266. Genaueres über das dingliche Wiederkaufsrecht nach preußischem Landesrecht bei v. Wangenheim S. 80—87.

die Zwecke, die die Beteiligten bei dem Vorbehalte eines gegen Dritte wirkenden Wiederkaufsrechtes im Auge haben, nach Ansicht der Motive[1]) regelmäßig auf anderem Wege erreicht werden. Als diesen Weg betrachtet die herrschende Meinung die Vormerkung.[2])

Wenn man von der Vormerkungsfähigkeit des Wiederkaufsrechtes spricht, so muß man sich von vornherein darüber klar sein, daß es sich dabei nicht um die Frage handelt, ob der Anspruch auf Einräumung eines Wiederkaufsrechtes vorgemerkt werden könne, sondern nur darum, ob der im Wiederkaufsrecht enthaltene Anspruch vormerkungsfähig ist. Dieser Unterschied muß hervorgehoben werden, weil bei Turnau-Förster[3]) beide Fälle offenbar nicht scharf auseinander gehalten werden.

Daß der Anspruch auf Einräumung eines Wiederkaufsrechtes nicht vorgemerkt werden kann, steht außer Frage. Rechte, die fähig sind, vorgemerkt zu werden, müssen auch definitiv eingetragen werden können, da die Vormerkung wesentlich die Bestimmung in sich trägt, die definitive Eintragung zu sichern und vorzubereiten. Das Wiederkaufsrecht kann aber wegen seines obligatorischen Charakters nicht eingetragen werden.

Eine andere Frage ist es dagegen, ob nicht der im Wiederkaufsrecht enthaltene Anspruch vorgemerkt werden könne. In der Wissenschaft wird diese Frage fast einstimmig bejaht, und zwar ohne Rücksicht auf die zu Grunde gelegte Konstruktion des Wiederkaufs.

Die Vormerkung dient nur zur Sicherung von Ansprüchen auf Einräumung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts am Grundstück oder eines Rechts an solchem Recht, auch wenn der Anspruch nur ein künftiger oder ein bedingter ist (§ 883 B. G. B.) Wer also überhaupt verneint, daß das Wiederkaufsrecht einen Anspruch enthalte, oder wer diesen Anspruch als auf Abgabe der zum Abschluß des Wiederkaufs erforderlichen Willenserklärung gerichtet auffaßt, kann unmöglich die Vor-

---

[1]) Bd. III. S. 452.

[2]) Dernburg: Sachenrecht § 61 Nr. 4, Planck: Anm. 1 zu § 497 B. G. B., Leske S. 485, VIII, Biermann S. 133.

[3]) Bd. I. S. 514 No. 6.

merkungsfähigkeit des Wiederkaufsrechtes bejahen. Und wenn die Vertreter der Einlösungs-, Rücktritts- und Offertentheorie das Wiederkaufsrecht für vormerkungsfähig halten, so läßt sich diese Behauptung nur durch die bereits zurückgewiesene[1]) Auffassung, das Wiederkaufsrecht stelle einen durch Annahme der Offerte, bezw. Abgabe der Einlösungs- oder Rücktrittserklärung bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung dar, rechtfertigen. Mühelos dagegen gelangt man zu dem Ergebnis der Vormerkungsfähigkeit des Wiederkaufsrechtes, wenn man die Wiederkaufsabrede als bedingten Kaufvertrag, auf den sich das Wiederkaufsrecht als ein bedingter Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück gründet, auffaßt.

Dieses Ergebnis steht mit dem Willen des Gesetzgebers, wie er in den Protokollen (III. S. 766) klar zum Ausdruck gelangt, im vollen Einklang, ein Umstand, der wiederum für die Richtigkeit des hier vertretenen Konstruktionsversuches spricht. Die zweite Kommission lehnte nämlich in Übereinstimmung mit den Motiven ein dingliches Wiederkaufsrecht ab, billigte aber die Vormerkungsfähigkeit des obligatorischen, indem sie darauf hinwies, daß schon der zweite Entwurf eine solche dingliche Sicherung des obligatorischen Wiederkaufsrechtes gestatte. Nun findet sich allerdings im zweiten Entwurf eine Bestimmung, welche dies direkt aussprächе, nicht. Es kann daher, wie Turnau-Förster[2]) hervorheben, nur gemeint sein, daß nach der Ausgestaltung, welche der zweite Entwurf der Vormerkung habe geben wollen, jene dingliche Sicherheit zulässig sei. Dies genügt aber auch, da sich die Vormerkung des zweiten Entwurfs (§ 867) von der des Gesetzes selbst in nichts Wesentlichem unterscheidet.[3])

---

[1]) vergl. oben Seite 14 f: Der Anspruch ist nicht durch die Abgabe einer dieser Erklärungen bedingt, sondern entsteht erst durch sie.

[2]) vergl. S. 514.

[3]) vergl. ferner die Begründung zu dem Entwurf eines Preußischen Ausführungsgesetzes zum B. G. B. S. 43 zu Art. 29 Abs. 3: „Das in den §§ 497—503 B. G. B. geregelte obligatorische Wiederkaufsrecht kann auf Grund des § 883 B. G. B. durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch derart gesichert werden, daß der durch die Ausübung entstehende Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums auch einem dritten Erwerber gegenüber wirksam ist."

Turnau und Förster, die als Vertreter der Vorvertragstheorie folgerichtig die Vormerkungsfähigkeit des Wiederkaufsrechtes verneinen, führen zur Verteidigung ihrer Ansicht aus: „wenn das Wiederkaufsrecht durch Eintragung einer Vormerkung verdinglicht werden könne, müsse dies auch für das obligatorische Vorkaufsrecht möglich sein. Dann aber wäre der von dem dinglichen Vorkaufsrecht handelnde Abschnitt des B. G. B. überflüssig. Das dingliche Vorkaufsrecht habe die Wirkung einer Vormerkung (§ 1098.) Könnte auch das obligatorische Vorkaufsrecht vorgemerkt werden, dann würde es dadurch ebenso dinglich werden, wie das dingliche Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff."[1]) Auf demselben Gedanken beruhen Reichels[2]) Ausführungen, wenn er das dingliche Vorkaufsrecht des B. G. B. als Residuum aus einem überwundenen Stadium der Gesetzgebungsarbeit bezeichnet. Reichel erkennt dem dinglichen Vorkaufsrecht gegenüber dem vorgemerkten persönlichen de lege lata nur noch zwei Besonderheiten zu: 1. „der Anspruch auf Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechtes könne vorgemerkt werden, 2. der im Vorkaufsrecht liegende Auflassungsanspruch sei unverjährbar."

Damit sind die Unterschiede aber keineswegs erschöpft. Es ist weiter anzuführen:[3])

Das dingliche Vorkaufsrecht kann auch als subjektiv dingliches Recht vereinbart werden. (1094 Abs. 2)

Das persönliche Vorkaufsrecht beschränkt sich seiner Natur nach auf einen Verkaufsfall, auf den seitens des obligatorisch verpflichteten Teils. Das dingliche Vorkaufsrecht kann dagegen auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt werden. (§ 1097.)

In Ansehung des persönlichen Vorkaufsrechtes gilt der allgemeine Grundsatz der Vertragsfreiheit, die das dingliche Vorkaufsrecht betreffenden Rechtsnormen haben dagegen absoluten Charakter.

Das dingliche Vorkaufsrecht genießt den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs in der Weise, daß ein

---

[1]) vergl. I. 415/16.
[2]) vergl. S. 96.
[3]) vergl. Bendix S. 601 in der Jur. Wochenschr. 1904.

eingetragenes, tatsächlich nicht existierendes dingliches Vorkaufsrecht an gutgläubige Dritte übertragen werden kann, während das durch Vormerkung gesicherte persönliche Vorkaufsrecht diesen nicht für sich in Anspruch nehmen kann.[1])

Damit möchte die Wesensverschiedenheit des dinglichen Vorkaufsrechtes und des vorgemerkten persönlichen hinreichend dargetan sein. Turnau-Försters Bedenken gegen die Vormerkungsfähigkeit des Wiederkaufsrechtes ist also nicht begründet.

---

§ 8.

Unteilbarkeit, Abtretbarkeit und Vererblichkeit des Wiederkaufsrechtes.

Für den Fall, daß das Wiederkaufsrecht Mehreren gemeinschaftlich zusteht, bestimmt das B. G. B. in § 502, daß es nur im ganzen ausgeübt werden könne. Eine solche Mehrheit von Wiederkaufsberechtigten findet sich, wenn Mehrere einen in ihrem Miteigentum stehenden Gegenstand vorbehaltlich des Wiederkaufsrechtes verkaufen, oder wenn das Wiederkaufsrecht auf Miterben übergeht. Das Wiederkaufsrecht ist dann unteilbar. Die Wiederkaufsberechtigten sind Gläubiger zur gesamten Hand, sie dürfen von ihrem Recht nur gemeinschaftlich Gebrauch machen. Jede Teilberechtigung im Sinne des § 420 B. G. B., jede Alleinberechtigung auch in dem beschränkten Maße, wie sie den Mitgläubigern einer unteilbaren Forderung gemäß § 432 B. G. B. zusteht, ist dem einzelnen Wiederkaufsberechtigten versagt.

[1]) Hierüber ist man sich einig. (vergl. Strohal Dekanatsprogramm S. 8) „Ob im übrigen aber für den Vorgemerkten, wenn und soweit ihm wirklich ein persönliches Vorkaufsrecht zusteht, der Eintritt der mit der Vormerkung grundsätzlich verbundenen Sicherungswirkung auch durch das Eingreifen des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips vermittelt werden kann, ist streitig." (vergl. Strohal S. 9 und die auf S. 7 u. 8 angeführten Beispiele.) Nach den Ausführungen Strohals wird man die Frage bejahen müssen, soweit die Eintragung der Vormerkung auf Bewilligung beruht.

Der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit gilt in erster Linie natürlich von der Abgabe der Wiederkaufserklärung, sodann aber auch später von der Geltendmachung des mit Abgabe der Wiederkaufserklärung von der Bedingung befreiten Anspruchs auf Lieferung des Wiederkaufsgegenstandes. Letzteres verdient besonders hervorgehoben zu werden, da die Wiederkäufer ihrerseits im Zweifel für Zahlung des Wiederkaufspreises als Gesamtschuldner haften (§ 427 B. G. B.)

Die konsequente Durchführung des Satzes, daß die Wiederkaufsberechtigten nur gemeinschaftlich das Wiederkaufsrecht ausüben dürfen, müßte zu dem Ergebnis führen, daß wenn einer das Recht nicht ausübt oder nicht ausüben kann, damit auch für die anderen die Möglichkeit, es auszuüben, entfällt. Dieser Gedanke kommt in den §§ 356, 467 für den Fall, daß Mehrere zum Rücktritt oder zur Wandelung berechtigt sind, zum Ausdruck.

Für das Wiederkaufsrecht bestimmt § 502 S. 2 abweichend: „Ist das Wiederkaufsrecht für einen der Berechtigten erloschen, oder übt einer sein Recht nicht aus, so sind die Übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im ganzen auszuüben. Mag in den Fällen der §§ 356, 467 die Rücksicht auf den Gegner des Rücktritts- bezw. Wandelungsberechtigten maßgebend gewesen sein, auf den Wiederkaufsberechtigten brauchte man diese Rücksicht nicht zu nehmen.[1]) Ihm kann es gleichgiltig sein, wie viele der ursprünglichen Verkäufer die Sache wieder kaufen, der Umstand, daß, da die Berechtigten ihm als Gesamtschuldner für den Kaufpreis haften, mit dem Ausscheiden Einzelner der Kreis der Schuldner kleiner wird, fällt kaum in das Gewicht.

Die Ausnahme des § 502 S. 2 gilt jedoch nur für den Fall, daß einer der Berechtigten sein Recht nicht mehr ausüben kann, weil es erloschen ist, oder daß er sein Recht überhaupt nicht ausüben will. Ist ihm nur der Zeitpunkt der Ausübung nicht genehm, so können sich die andern nicht über seinen Willen hinwegsetzen. Im gemeinen Recht wurde solches fast allgemein als zulässig angenommen, wenn dem Wiederverkäufer Sicherheit gegen die Ansprüche des auf diese Weise übergangenen Wiederkaufsberechtigten gewährt wurde.[2])

[1]) vergl. Windscheid-Kipp II. S. 601

[2]) Koch III. S. 255.

Doch wie gestaltet sich auf der anderen Seite das Schuldverhältnis, wenn mehrere Wiederverkaufspflichtige vorhanden sind! Eine solche Mehrheit ergibt sich entweder aus der gemeinschaftlichen Verpflichtung mehrerer Miteigentümer unter Lebenden oder dem Übergange der Wiederverkaufspflicht von Todeswegen auf Miterben. Das Gesetz enthält über die Ausübung des Wiederkaufsrechtes mehreren Wiederverkaufspflichtigen gegenüber keine Sonderbestimmung. Es liegt also kein Grund zu der Annahme vor, daß das Wiederkaufsrecht nur gegen alle Verpflichteten zusammen, ähnlich wie das Rücktritts- und Wandelungsrecht (§ 356 B. G. B.) ausgeübt werden könne. Der Wiederkaufsberechtigte kann sein Recht vielmehr jedem Einzelnen gegenüber ausüben, wie der Minderungsberechtigte mehreren Verkäufern gegenüber (§ 474 B. G. B.)

Eine im gemeinen Recht sehr bestrittene Frage war es, ob das Wiederkaufsrecht abgetreten werden könne. Das B. G. B. enthält darüber keine besonderen Bestimmungen. Der Umstand, daß der Anspruch ein bedingter ist, steht seiner Übertragbarkeit nicht im Wege.[1]) Die Frage der Abtretbarkeit ist daher nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 398 ff zu entscheiden. Als Hinderungsgründe können nur die in § 399 enthaltenen in Betracht kommen. Danach ist die Abtretung des Wiederkaufsrechtes nicht angängig, wenn sie durch Vereinbarung mit dem Wiederverkaufspflichtigen ausgeschlossen ist, oder wenn die

---

[1]) vergl. Dernburg: Bürgerl. Recht I. S. 457, Enneccerus-Lehmann I. S. 233, Heilfron Anm. 1 zu § 160, von Tuhr in der Jur. Ztg. 1904 S. 428. Streitig ist dagegen die Abtretbarkeit künftiger Forderungen. Vergl. Eccius, v. Tuhr und Markus in der Jur. Ztg. 1904 S. 53, 400, 426 ff, ferner R. G. E. LV. S. 334. Als künftige Forderungen im Sinne jener Streitfrage sind aber nur solche Forderungen anzusehen, zu denen, um mit Windscheid (§ 225 Note 6) zu sprechen, der Grund überhaupt noch nicht gelegt ist, also z. B. die Forderung aus einem noch zu gewährenden Darlehn, nicht dagegen auch solche Forderungen, zu deren Entstehung lediglich noch das eine oder das andere Tatbestandsmerkmal fehlt. Im letzteren Sinne wäre auch jede bedingte Forderung eine zukünftige. Daß übrigens auch das B. G. B. zwischen zukünftigen und bedingten Ansprüchen unterscheidet, ergibt sich aus dem Wortlaut der §§ 765 Abs. 2 und 1204 Abs. 2.

Person des Berechtigten derart wesentlich ist, daß ihre Ersetzung durch einen anderen den Inhalt des Rechtes verändern würde. Ob dies zutrifft, ist in jedem einzelnen Fall festzustellen. Vielfach wird es sich nur um rein vermögensrechtliche und deshalb abtretbare Ansprüche handeln, andererseits — wer einem Geldbedürftigen ein Grundstück abkauft und ihm das Wiederkaufsrecht zubilligt, weil jenes Grundstück mit dem in der Hand des Verkäufers verbleibenden Restgrundstück wirtschaftlich eine Einheit bildet, wird sich eine Abtretung dieses Wiederkaufsrechtes ohne das Grundstück nicht gefallen zu lassen brauchen.[1])

Ebenso kann die Verpflichtung zum Wiederverkauf nach allgemeinen Grundsätzen von dem Erwerber der Wiederkaufssache übernommen werden, doch bedarf es bei dem rein obligatorischen Charakter des Wiederkaufsrechtes stets einer besonderen Vereinbarung im Sinne des § 415.

Daß das Wiederkaufsrecht wie die Wiederverkaufspflicht auf den Erben übergeht, ist nach dem B. G. B. unzweifelhaft.[2])

---

§ 9.

Das Erlöschen des Wiederkaufsrechtes.

Das Wiederkaufsrecht erlischt durch Verzicht des Berechtigten, Untergang der Wiederkaufssache, Vereinigung von Recht und Pflicht in einer Person und durch Zeitablauf. Letzterer Punkt bedarf näherer Erörterung.

---

[1]) Nach denselben Grundsätzen ist die Frage der Abtretbarkeit zu entscheiden, wenn man die Wiederkaufsabrede als Vorvertrag auffaßt. Die im gemeinen Recht verbreitete Ansicht, (vergl. Göppert S. 424) daß der sich aus dem Vorvertrag ergebende Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages höchst persönlich und deshalb unübertragbar sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht zu erhalten. Göppert geht sogar noch weiter. Aus der Unübertragbarkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrage unter Lebenden folgert er seine Unvererblichkeit, ein gewiß unberechtigter Schluß.

[2]) vergl. A. L. R. I, 11 § 316, R. G. E. Bd. X. S. 222.

Das Wiederkaufsrecht muß innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt werden, sonst erlischt es. Die Dauer dieser Frist kann durch Parteiabrede festgesetzt werden. Ergänzend bestimmt das Gesetz, daß diese Frist in Ermangelung einer solchen Vereinbarung bei beweglichen Sachen drei, bei unbeweglichen dreißig Jahre währen soll. Der Lauf der Frist beginnt mit der Vereinbarung der Wiederkaufsabrede. Es herrscht Einigkeit darüber, daß diese Frist eine Ausschlußfrist ist.[1]) Von der Abgabe der Wiederkaufserklärung an unterliegt sodann der Anspruch des Berechtigten der Verjährung.

Diese Gestaltung ist mit unserer Auffassung der Wiederkaufsabrede als eines Kaufes, dessen Wirkungen von der Abgabe der Wiederkaufserklärung als einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht sind, durchaus vereinbar. Bedingte Ansprüche verjähren nicht, sondern die Verjährung beginnt erst mit dem Eintritt der Bedingung. Der Gesetzgeber mußte deshalb, wenn er den Schwebezustand nicht zu einem von ungewisser Dauer machen wollte, eine Ausschlußfrist festsetzen.

---

[1]) Über die Streitfrage im gemeinen Recht vergl. Glück S. 206, Siebert S. 74 ff.

C.

Die Wiederkaufserklärung und ihre Wirkungen.

§ 10.

Inhalt und Form der Wiederkaufserklärung.

Sein regelmäßiges Ende findet der durch die Wiederkaufsabrede geschaffene Schwebezustand mit dem Eintritt der Bedingung, d. h. der Erklärung des Wiederkaufsberechtigten, daß er sein Wiederkaufsrecht ausübe.

Die Wiederkaufserklärung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die als solche den allgemeinen Vorschriften unterliegt. Nur bezüglich ihrer Form bestimmt § 497 S. 2 ausdrücklich: „Die Wiederkaufserklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form." Die Motive[1]) bemerken hierzu: „Würde ein Mehreres verlangt, so würde das zu nutzlosen Weiterungen führen." Man hielt demnach eine Formvorschrift für überflüssig.

Wir sahen bereits, daß die Wiederkaufsabrede regelmäßig die Form des Urkaufs teilt. Die Wiederkaufsabrede ist also unter Umständen formell, die Wiederkaufserklärung formlos. Wir werden nicht fehlgehen, wenn wir den Grund dafür, daß dem Gesetzgeber eine formelle Wiederkaufserklärung selbst bei Grundstückswiederkäufen überflüssig erschien, darin erblicken, daß ja schon die Wiederkaufsabrede in diesem Fall der Formvorschrift des § 313 B. G. B. unterliegt.

Das Gesetz fordert die gerichtliche oder notarielle Beurkundung beim Abschluß von Verträgen, die auf die Übertragung des Eigentums an Grundstücken gerichtet sind, deshalb, um die Parteien vor Übereilung zu bewahren und sie zu veranlassen,

---

[1]) vergl. II. S. 340.

ihren Willen klar und bestimmt zum Ausdruck zu bringen. Um diesen Zweck zu erreichen, genügt es beim Grundstückswiederkauf, wenn lediglich die Wiederkaufsabrede formell ist. Denn die Wiederkaufsabrede stellt bereits den fertigen Kaufvertrag dar, enthält also über die zukünftige Leistung und Gegenleistung alles Wesentliche. Auf sie gründet sich die Gebundenheit des Wiederverkäufers, von ihrer Vereinbarung ab ist er der Willkür des Wiederkaufsberechtigten unterworfen. Zwecks Konstatierung des Parteiwillens, und um dem Wiederverkäufer die Bedeutung seines Schrittes vor Augen zu führen, hat hier eine Formvorschrift ihren guten Sinn. Mit der Wiederkaufserklärung dagegen macht der Wiederkäufer nur ein längst festgelegtes und ihm zugesichertes Recht geltend, die Gefahr eines Mißverständnisses oder einer Übereilung erscheint hier ausgeschlossen.

Diese Erklärung für die Formlosigkeit der Wiederkaufsabrede erscheint jedenfalls einleuchtender als diejenige Endemanns, wenn er I. S. 1012 schreibt: „Daß die Erklärung gemäß § 497, I. 2 den Wiederkauf formlos zu Stande bringt, entspricht der Auffassung, daß das Formgebot nur für die auf Veräußerung gerichtete Verpflichtung gilt, nicht aber für die Aufhebung eines solchen Vertrages." — Unseres Erachtens ist der Grundstückswiederkauf ebenso wie jeder andere Kauf auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtet und daran wird dadurch nichts geändert, daß das den Gegenstand der Veräußerung bildende Grundstück eben erst veräußert worden ist und daß die zweite Veräußerung zwischen denselben Personen mit umgekehrten Parteirollen stattfindet wie die erste.

Daß die Formlosigkeit der Wiederkaufserklärung mit der Oblationstheorie nicht vereinbar ist, wurde bereits erwähnt. — Die Vorvertragstheorie andererseits würde zu einem formellen Vorvertrag in Verbindung mit einem formlosen Hauptvertrage führen, einer ganz neuen Erscheinung, da man bisher in der Wissenschaft nur die Frage zu erörtern gewohnt war, ob ein formeller Hauptvertrag auch einen formellen Vorvertrag erfordere, nicht aber umgekehrt.[1])

[1]) vergl. Göppert S. 414, 415, Degenkolb S. 33 ff.

Faßt man dagegen die Wiederkaufserklärung lediglich als die Tatsache auf, von deren Eintritt die Wirkungen der Wiederkaufsabrede abhängig sind, so kann die Bestimmung, daß die Wiederkaufserklärung keinesfalls einer Form bedürfe, kein Bedenken erregen.

---

§ 11.

Das Zustandekommen des Wiederkaufs.

Die Wirkungen der Wiederkaufserklärung faßt § 497 S. 1 B. G. B. dahin zusammen: „Durch die Wiederkaufserklärung kommt der Wiederkauf zu Stande."

Über die Bedeutung dieses Satzes: „Der Wiederkauf kommt zu Stande" herrscht in der Wissenschaft Streit. Schollmeyer meint,[1]) der Wiederkauf, d. h. das Rechtsgeschäft als solches komme durch die Wiederkaufserklärung zu Stande, vorher sei also der Wiederkauf noch nicht vorhanden.

Nun war es allerdings in der gemeinrechtlichen Bedingungslehre äußerst streitig, was bei einem unter aufschiebender Bedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäft bedingt sei, ob das Rechtsgeschäft in seiner Existenz oder nur die Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts, ob m. a. W., wenn die aufschiebende Bedingung nicht eintrete, ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht da sei, oder es nur nicht die Wirkungen eines unbedingt geschlossenen zeitige.[2]) Aber das B. G. B. hat sich zweifellos der letzteren Ansicht angeschlossen. Das geht schon aus dem Wortlaut des § 158 hervor, der offenbar „Rechtsgeschäft" und „Wirkung" in beabsichtigten Gegensatz stellt. Die Theorie des B. G. B. ist

---

[1]) vergl. S. 39 f.

[2]) Für die erstere Ansicht Puchta § 59, Wächter S. 689, Fitting im A. f. ziv. Pr. Bd. 39 n. 13, Karlowa S. 76, Enneccerus S. 187, für die zweite Ansicht: Dernburg Pand. I. S. 245, Windscheid-Kipp I. S. 385, Pietzker S. 464. Die Quellen sind von den Vertretern der beiden Ansichten bald in diesem, bald in jenem Sinne ausgelegt worden. Übersicht der Quellenstellen bei Windscheid-Kipp I. S. 365.

auch die richtigere. Das Rechtsgeschäft setzt einen Geschäftswillen voraus, ein in seiner Existenz bedingtes Rechtsgeschäft also auch einen bedingten Willen. Bezeichne ich einen Willen als bedingt, so drücke ich damit aus, daß der Wille vorläufig noch nicht existiert, jedoch durch Eintritt eines Ereignisses zur Existenz gelangen kann. Man sieht leicht, daß das ein Widerspruch in sich selbst ist. Das Wollen ist eine gegenwärtige Tatsache, die von einem zukünftigen Ereignis gar nicht abhängen kann. Das betreffende Ereignis kann höchstens als Motiv[1]) wirken. Nicht das Wollen ist ungewiß, sondern der Erfolg.[2]) Ein bedingtes Rechtsgeschäft ist ein gegenwärtig existierendes, nur seine Rechtswirkungen werden nach dem Willen der Parteien von dem Eintritt der Bedingung abhängig gemacht.[3])

Wer also die in § 497 gebrauchte Ausdrucksweise: „Der Wiederkauf kommt zu Stande", im Sinne Schollmeyers versteht, wird auch mit Schollmeyer verneinen müssen, daß die Wiederkaufsabrede ein unter der aufschiebenden Bedingung der Abgabe der Wiederkaufserklärung geschlossener Kauf sei. Denn in diesem Falle kommt der Wiederkauf nicht erst zu Stande, sondern existiert schon.

Schollmeyer hat zweifellos äußerlich den Wortlaut des Gesetzes für sich. Ebenso zweifellos ist es aber, daß der Gesetzgeber mit dieser Ausdrucksweise den von Schollmeyer bekämpften Konstruktionsversuch nicht von der Hand zu weisen beabsichtigte. Da es der Gesetzgeber vielmehr der Wissenschaft überlassen

[1]) vergl. Pietzker S. 464.

[2]) Das verkennt auch Enneccerus nicht. Wenn er trotzdem zu dem Ergebnis gelangt, daß das Rechtsgeschäft in seiner Existenz bedingt sei, (vergl. Rechtsgeschäft und Bedingung S. 187) so beruht das darauf, daß er einen von der herrschenden Meinung abweichenden Begriff des Rechtsgeschäfts zu Grunde legt. Nach seiner Ansicht setzt der Begriff des Rechtsgeschäfts nicht nur einen auf Rechtswirkungen gerichteten Willen voraus, sondern auch den Eintritt dieser gewollten Rechtswirkungen. Da aber die Rechtswirkungen erst mit Eintritt der Bedingung eintreten, so liege bis zum Eintritt auch nur ein unfertiges Rechtsgeschäft vor, beim Ausfall der Bedingung sei kein Rechtsgeschäft vorhanden.

[3]) So für das B. G. B. Crome I. S. 434, Staudinger S. 445 Nr. 4 und 5, Matthiaß § 231 u. a.

wollte, die rechtliche Natur des Wiederkaufs zu ergründen, so mußte sein Bestreben auch dahin gehen, sich einer möglichst indifferenten Ausdrucksweise zu bedienen. Aus diesem Grunde ersetzte er: „Der Wiederkauf kommt durch die Wiederkaufserklärung zum Abschluß", wie es in § 477 des ersten Entwurfs hieß, durch den farbloseren Ausdruck: „Der Wiederkauf kommt zu Stande." Die Redewendung des Entwurfs hätte eine unzweideutige Absage gegen die Konstruktion der Wiederkaufsabrede als eines bedingten Kaufes bedeutet, die Worte: „Der Wiederkauf kommt zu Stande" sind in dem Sinne, in dem sie gemeint sind, mit unserer Auffassung wohl vereinbar. Da dem Gesetzgeber theoretische Rücksichten völlig fern lagen, so hatte er bei seinen Worten auch nur die praktische Bedeutung der Wiederkaufserklärung im Auge. Vom praktischen Gesichtspunkt aus aber bringt in der Tat erst die Wiederkaufserklärung den Wiederkauf zu Stande, indem erst sie den Eintritt der sich aus einem Kaufvertrag ergebenden Rechtsfolgen herbeiführt und auf diese Weise bewirkt, daß der Wiederkauf nach Außen in die Erscheinung tritt.

---

§ 12.

Die sich aus dem Wiederkauf ergebenden Verpflichtungen.

Die Abgabe der Wiederkaufserklärung bedeutet den Eintritt der Bedingung. An die Stelle der einseitigen Bereitschaftspflicht tritt mit diesem Augenblick eine beiderseitige Erfüllungspflicht, nämlich auf Seiten des Wiederverkäufers die Pflicht, die Wiederkaufssache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen, auf Seiten des Wiederkäufers, die Sache anzunehmen und den Wiederkaufspreis zu zahlen. (§ 433.) Beide Verpflichtungen sind im Zweifel Zug um Zug zu erfüllen, ganz wie bei einem gewöhnlichen Kaufvertrage.

Die Herausgabepflicht des Wiederverkäufers erstreckt sich gemäß § 498 Abs. 1 auch auf das Zubehör, und zwar ist es in dem Umfange herauszugeben, in dem es zur Zeit der Wiederkaufserklärung, also dem Eintritt der Bedingung, vorhanden ist.

§ 314 B. G. B. bestimmt allerdings als maßgebenden Zeitpunkt den Abschluß des Veräußerungsvertrages, doch will diese Bestimmung nur im Zweifel gelten. Gerade bei befristeten oder bedingten Verträgen wird sich vielfach aus dem Sachverhalt ergeben, daß der Bestand des Zubehörs zur Zeit der Erfüllung maßgebend sein soll.[1]) So auch beim Wiederkauf.

Nicht herauszugeben braucht der Wiederverkäufer die Nutzungen, die er aus der Sache gezogen hat, denn er ist vor der Rückübertragung voller Eigentümer der Wiederkaufssache und genießt als solcher deren Vorteile, wie er auch deren Lasten trägt. Übermäßige Fruchtziehung die eine Wertminderung der Wiederkaufssache zur Folge hat, verpflichtet zum Schadensersatz.

Bezüglich der Zahlungspflicht des Wiederkäufers muß unterschieden werden, ob die Höhe des Preises gleich in der Wiederkaufsabrede festgesetzt ist, bezw. beim Fehlen einer solchen Bestimmung von vornherein in Höhe des Wiederkaufspreises als vereinbart gilt, (§ 497 S. 2) oder ob der Preis erst im Wege der Abschätzung gefunden werden soll. Im ersteren Falle wird der Preisbestimmung in der Regel der Wert der Wiederkaufssache zur Zeit der Wiederkaufsabrede im anderen Falle der Wert zur Zeit der Wiederkaufserklärung zu Grunde gelegt werden.

Ist der Preis von vornherein festgesetzt, so besteht die Gefahr, daß er seine Angemessenheit verliert, wenn sich der Wert der Wiederkaufssache bis zur Abgabe der Wiederkaufserklärung erhöht. Deshalb sieht § 500 B. G. B. die Möglichkeit einer nachträglichen Erhöhung des Preises in der Weise vor, daß er dem Wiederkäufer eine Ersatzpflicht für Verwendungen auferlegt, die der Wiederkäufer während des Schwebezustandes auf den Gegenstand gemacht hat, soweit dadurch der Wert des Gegenstandes zur Zeit der Wiederkaufserklärung erhöht ist. Es sind dem Wiederverkäufer daher in dem Maße der inzwischen eingetretenen Werterhöhung die nützlichen Verwendungen zu ersetzen. Hierher rechnet auch der Fall, daß er das Zubehör des Wiederkaufsgegenstandes vermehrt hat.

Irgend welche Grenze bis zu der eine derartige Werterhöhung zu vergüten ist, zieht das Gesetz nicht. Man hat

[1]) vergl. Planck II. S. 86 Anm. zu § 314, Oertmann S. 63 Anm. zu § 314.

daher wohl die Befürchtung geäußert,[1]) daß man den Wiederverkaufspflichtigen nicht werde hindern können, den Wert der Wiederkaufssache durch entsprechende Aufwendungen derart zu steigern, daß es dem unvermögenden Wiederkaufsberechtigten unmöglich werde, den Wiederkaufsgegenstand zurückzuerwerben. Wir halten dafür, daß es ebenso gegen die Bereitschaftspflicht verstößt, wenn der Wiederverkaufspflichtige zu viel, als wenn er zu wenig Verwendungen auf den Wiederkaufsgegenstand macht. Er soll dem Berechtigten die Ausübung seines Rechts nicht verleiden, sondern erleichtern, sonst handelt er gegen Treu und Glauben.[2]) Auch § 226 B. G. B. würde vielleicht eine Handhabe gegen ein solches Verhalten bieten.

Aufwendungen des Wiederverkäufers, die keine oder wenigstens keine den Schwebezustand überdauernde Werterhöhung zur Folge haben, sind ihm von seinem Rechtsnachfolger nicht zu ersetzen. Das gilt insbesondere von den Luxusaufwendungen, impensae voluptuariae, und von den notwendigen Verwendungen, impensae necessariae, die lediglich zur Erhaltung der Sache dienen, ohne Rücksicht darauf, ob sie über den Rahmen des Gewöhnlichen hinausgehen oder nicht.

Die notwendigen Verwendungen auf die Wiederkaufssache muß der Wiederverkäufer kraft seiner Bereitschaftpflicht machen. Ist die Sache dagegen ohne sein Verschulden verschlechtert, so ist er gemäß § 498 nicht verpflichtet, die Sache wieder herzustellen. Tut er es trotzdem, so tut er ein Übriges, und es war schon im gemeinen Recht eine lebhaft erörterte Frage, ob er vom Wiederkäufer in diesem Falle nicht Ersatz der Wiederherstellungskosten beanspruchen könne. Man hat gemeint, der Wiederkaufsberechtigte werde durch die Wiederherstellung, die er nicht verlangen könne, auf Kosten des Wiederverkäufers ungerechtfertigt bereichert.[3]) Man übersieht dabei, daß der

---

[1]) vergl. Dernburg B. G. B. II, 2. S. 101, Siebert S. 66.

[2]) Ähnliches führt schon das Appelationsgericht Jena in einer Entscheidung v. 1. Juni 1855 (Senff. Arch. XIII. Nr. 96) aus: „Durch die Verabredung eines festen Wiederkaufspreises habe sich der Wiederkäufer gerade gegen die Gefahr schützen wollen, daß ihm infolge der übermäßigen Aufwendungen des Käufers der Rückkauf seines früheren Eigentums unmöglich gemacht werde.

[3]) vergl. Siebert S. 62, a. M. Koch.

Wiederverkäufer an der Ausübung des Wiederkaufsrechtes insofern ein Interesse hat, als er dadurch den Anspruch auf die Gegenleistung, nämlich die Zahlung des Kaufpreises, erwirbt, und daß er fürchten muß, der Wiederkaufsberechtigte werde keinen Gebrauch von seinem Recht machen, wenn er die Sache nicht wieder herstellt. Durch die Wiederherstellung gibt der Wiederverkaufspflichtige in unzweideutiger Weise zu erkennen, daß ihm an der Ausübung des Rechtes seitens der Gegenpartei gelegen ist, und daß er in dem an ihn zu zahlenden Wiederkaufspreis ein Äquivalent auch für seine Aufwendungen erblickt. Von einer Bereicherung des Wiederkäufers auf Kosten des Wiederverkäufers kann also keine Rede sein. Der Wiederverkäufer trägt vielmehr die Wiederherstellungskosten selbst, da es sich um seine eigene Sache handelt, nur soweit der Wert der Sache durch die Wiederherstellung erhöht ist, kann er natürlich Ersatz verlangen.

Hat sich der Wert der Wiederkaufssache zwar erhöht, aber beruht die Wertsteigerung nicht auf einer Aufwendung des Wiederverkäufers, sondern ist sie ohne sein Zutun erfolgt, so ist von einer Pflicht des Wiederkäufers, einen entsprechend höheren Preis zu zahlen, keine Rede. Derartige Beispiele sind etwa: Das Wiederkaufsgrundstück vergrößert sich durch Alluvion oder Avulsion, es gewinnt durch Anlegung einer Straße an wirtschaftlicher Verwertbarkeit u. s. w.

Die häufig umständliche, nachträgliche Erhöhung des Wiederkaufspreises in Gestalt von Ersatz für nützliche Verwendungen auf die Wiederkaufssache fällt fort, wenn als Wiederkaufspreis der Schätzungswert, den die Wiederkaufssache zur Zeit der Wiederkaufserklärung hat, vereinbart wird. Allerdings ist diese Art der Preisfestsetzung für den Wiederkäufer insofern ungünstiger, als durch die Abschätzung jede Werterhöhung, auch die ohne Zutun des Wiederverkäufers erfolgte, ihre Berücksichtigung findet.

In jedem Falle, ohne Rücksicht auf die Art der Preisbestimmung, hat der Wiederverkäufer das Recht, eine Einrichtung mit der er die herauszugebende Sache versehen hat, wegzunehmen, ius tollendi. (§ 500 S. 2.) In diesem Falle hat er gemäß der allgemeinen Vorschrift des § 258 B. G. B. die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen.

Die Bestimmungen des § 500 gelten nur für die Zeit vor Abgabe der Wiederkaufserklärung. Macht der Wiederverkäufer nach Abgabe der Wiederkaufserklärung Verwendungen auf den Wiederkaufsgegenstand, so ist der Wiederkäufer, wie jeder andere Käufer nur nach den Regeln auftragsloser Geschäftsführung erstattungspflichtig (§ 450 Abs. 2 B. G. B.) Ebenso greift gegebenen Falls die Ausnahme des § 450 Abs. 1 Platz.

---

§ 13.

Rechte des Wiederkäufers im Falle gänzlicher oder teilweiser Nichterfüllung seitens des Wiederverkäufers.

Wie sich der Wert der Wiederkaufssache erhöhen kann, ebensogut ist das Gegenteil möglich, daß die Wiederkaufssache an Wert verliert, vielleicht sogar untergeht oder sonstigen Einwirkungen ausgesetzt wird, die ihre Beschaffenheit ändern, so daß eine ordnungsgemäße Erfüllung nicht mehr möglich ist.

Bezüglich der daraus entstehenden Rechtsfolgen haben wir auch hier zu unterscheiden, ob der Wiederkaufspreis von vornherein festgesetzt ist oder erst im Wege der Abschätzung bestimmt werden soll, und ob die Verschlechterung bezw. der Untergang oder die Veränderung vor oder nach Abgabe der Wiederkaufserklärung eingetreten ist.

Wir setzen zunächst den Fall, der Wiederkaufspreis ist oder gilt von vornherein als vereinbart, eine vertragsmäßige Leistung ist wegen eines vor Abgabe der Wiederkaufserklärung eingetretenen Umstandes nicht mehr möglich.

Wie bereits hervorgehoben, ist der Wiederverkäufer vor Abgabe der Wiederkaufserklärung kraft seiner Bereitschaftspflicht gehalten, den Wiederkaufsgegenstand vor jeder schädigenden Einwirkung zu schützen. Die Erfüllung ist die Probe dafür, ob der Wiederverkäufer die Leistungsbereitschaft gewahrt hat oder nicht. Ist die Unmöglichkeit der Erfüllung auf eine schuldhafte Nichtbeobachtung der Bereitschaftspflicht zurück-

zuführen, so kann der Wiederverkäufer dafür verantwortlich gemacht werden. (§ 498 Abs. 2 S. 1.) Das zu beobachtende Maß von Sorgfalt ist das gewöhnliche. Der Wiederverkäufer hat demnach Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. (§ 276 B. G. B.) Er ist also dem Wiederkäufer zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er vor Abgabe der Wiederkaufserklärung die Wiederkaufssache vorsätzlich oder fahrlässig verschlechtert oder zu Grunde richtet.

Der Wiederverkäufer ist auch verantwortlich, wenn die Sache zwar nicht untergegangen ist, aber aus irgend einem anderen, vom Wiederverkäufer zu vertretenden Umstande nicht herausgegeben werden kann, wenn m. a. W. die Leistung zwar nicht objektiv, aber subjektiv unmöglich ist. In den verwandten Fällen der §§ 351, 989 wird das Hauptbeispiel einer solchen anderweiten Unmöglichkeit der Herausgabe die Veräußerung des Gegenstandes seitens des Herausgabepflichtigen bilden. Für § 498 Abs. 2 scheidet dieser Fall aus, weil er in dem folgenden Paragraphen eine besondere Behandlung findet. Unmöglichkeit der Herausgabe infolge einer Verfügung über den Gegenstand fällt nicht unter § 498 sondern § 499. Unter Verfügung über einen Gegenstand sind Veräußerung und Belastung desselben zu verstehen.[1]) Es unterliegen daher § 498 nur Fälle wie: Der Wiederverkäufer hat den Gegenstand fahrlässig verloren, ihn derelinquiert oder miet-, pacht- oder leihweise an einen Dritten gegeben und bekommt ihn von diesem aus irgend einem Grunde nicht wieder. Im letzteren Falle ist es gleichgiltig, ob der Wiederverkäufer sich etwa auch noch dadurch einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat, daß er den Wiederkaufsgegenstand einem Dritten anvertraute, dem er kein Vertrauen schenken durfte, oder ob der Dritte allein die Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet hat, oder ob der Gegenstand gar durch Zufall in der Hand des Dritten untergegangen ist, der Wiederverkäufer haftet dem Wiederkäufer in jedem Falle. Denn die Bereitschaftspflicht verbietet ihm überhaupt, den Gegenstand aus der Hand zu geben. Billiger Weise wird man nur dann eine Ausnahme von dieser strengen Haftung machen, wenn der Wiederverkäufer nachweisen kann,

[1]) vergl. Planck I. S. 148.

daß die Unmöglichkeit der Leistung auch dann eingetreten wäre, wenn er den Gegenstand in seiner Obhut behalten hätte.

Der Wiederverkäufer hat ferner Schadensersatz zu leisten, wenn er die Sache wesentlich verändert oder umgestaltet hat, dies sogar dann, wenn der objektive Wert der Sache durch die Veränderung gar nicht gelitten hat, ja vielleicht sogar gestiegen ist, aber in dem veränderten Zustande den Bedürfnissen des Wiederkäufers nicht mehr in dem Maße gerecht wird, wie früher. Auch unter diesem Gesichtspunkt würde der Wiederkäufer dem Wiederverkäufer, der den Wert der Wiederkaufssache in das Ungemessene erhöht hat, entgegentreten und Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen können.[1]) (§ 249 S. 1.)

Die Bestimmungen des § 498, die dem bedingt Verpflichteten dieselbe Sorgfaltspflicht auferlegen, wie dem unbedingt Verpflichteten, mögen hart erscheinen, entsprechen aber durchaus dem Wesen des bedingten Vertrages.[2])

Verschlechtert sich der Wiederkaufsgegenstand, geht er zu Grunde oder wird die Herausgabe aus einem anderweiten Grunde unmöglich, ohne daß den Wiederverkäufer ein Verschulden trifft, so kann der Wiederkäufer keinen Schadensersatz verlangen. Dies entspricht so sehr den allgemeinen Grundsätzen, daß es einer besonderen Hervorhebung im Gesetz nicht bedarf. Wohl aber würde man bei teilweiser Unmöglichkeit dem Wiederkäufer, der den noch möglichen Teil der Leistung verlangt, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Wiederverkäufers ein Minderungsrecht zusprechen, und zwar je nach der untergelegten Konstruktion auf Grund der §§ 459 ff oder §§ 323/325 B. G. B., wenn nicht § 498 Abs. 2 S. 2 bei unverschuldeter Verschlechterung ein solches Minderungsrecht des Wiederkäufers ausdrücklich ausschlösse. Übt der Wiederkaufsberechtigte also in diesem Falle sein Wiederkaufsrecht aus, so muß er die

---

[1]) vergl. Oertmann S. 220, Anm. Nr. 13 zu § 500.

[2]) Das A. L. R. I., 11 §§ 310, 299 hielt dem Wiederverkäufer ein mäßiges Versehen zu Gute, indem es ihn im Falle des Untergangs der Kaufsache von jeder Haftung freisprach, im Falle der Verschlechterung nur für den wirklichen Schaden, damnum emergens, nicht für den entgangenen Gewinn, lucrum cessans, haften ließ. vergl. Förster-Eccius II. S. 93.

minderwertige Sache ebenso teuer bezahlen, wie die tadellose, er trägt demnach die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung der Wiederkaufssache, obwohl sie ihm noch gar nicht übergeben ist. Letzteres bedeutet aber eine Abweichung von der Regel, denn gemäß § 446 B. G. B. knüpft sich im allgemeinen der Gefahrübergang an die Übergabe des verkauften Gegenstandes, und für bedingte Kaufverträge, auch für solche, bei denen die Bedingung in die Willkür des Käufers gestellt ist, besteht eine Ausnahme von der Regel nicht.

Man hat diese Abweichung bezüglich des Gefahrüberganges für so erheblich erachtet, daß man aus diesem Grunde die Konstruktion des bedingten Kaufvertrages abgelehnt hat.[1]) U. E. mit Unrecht.

Die Bestimmung des § 498 Abs. 2 S. 2 stellt eine Besonderheit des Wiederkaufs dar, welche die Stellung des Wiederkaufs im System des B. G. B. als eine „besondere Art des Kaufes" nur rechtfertigt. Die Sonderbestimmung ist innerlich auch sehr wohl begründet. Sie bildet das Gegenstück zu der Vorschrift, daß der Wiederverkäufer die Vorteile einer inzwischen ohne sein Zutun erfolgten Werterhöhung ohne Ersatzanspruch dem Wiederkäufer überlassen muß. Verspricht sich der Wiederkaufsberechtigte von dem Rückerwerb des Wiederkaufsgegenstandes keinen Vorteil mehr, so mag er sein Wiederkaufsrecht nicht ausüben, er hat es ja vollkommen in seiner Hand.

Einer unverschuldeten Verschlechterung wird der Fall gleichgestellt, daß der Wiederverkäufer den Gegenstand nur unwesentlich verändert hat. Es entspricht dies der allgemeinen Bestimmung des § 459 B. G. B.: „Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht". Dagegen könnte es nach dem Wortlaut des § 498 Abs. 2 S. 2 zweifelhaft erscheinen, ob der Wiederkäufer bei unwesentlicher Veränderung nicht Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 B. G. B. verlangen kann. Dagegen spricht die Zusammenstellung mit dem Falle der unverschuldeten Verschlechterung.[2])

Hat der Wiederverkäufer die Wertminderung verschuldet, so wird man dem Wiederkäufer neben dem Schadensersatzanspruch

[1]) vergl. Planck Vorbem. Nr. 3 zu § 497, Schollmeyer S. 39 u. a.
[2]) vergl. Oertmann S. 219 Anm. Nr. 1 c zu § 498.

auch ein Minderungsrecht gemäß § 459 B. G. B. nicht versagen dürfen. Denn auf den Wiederkauf als eine besondere Art des Kaufes finden natürlich die allgemeinen Bestimmungen über Kauf insoweit Anwendung, als sich aus den Sonderbestimmungen nichts abweichendes ergibt. Der Umstand aber, daß der Gesetzgeber dem Wiederkäufer nur im Falle unverschuldeter Verschlechterung das Minderungsrecht versagt, führt zu dem Schluß, daß er das Minderungsrecht im allgemeinen nicht hat ausschließen wollen.[1]) Man wird also, wenn es sich um vor Abgabe der Wiederkaufserklärung eingetretene Mängel handelt, bei Prüfung der Frage, ob dem Wiederkäufer ein Minderungsrecht zuzubilligen sei, zwischen verschuldeter und unverschuldeter Verschlechterung unterscheiden müssen. Dieser Unterschied ist der Lehre vom Minderungsrecht des Käufers allerdings fremd und ebenfalls als eine sich aus der in § 498 Abs. 2 S. 2 aufgestellten Sonderbestimmung ergebende Eigentümlichkeit des Wiederkaufs zu erklären.

Ebenso wie das Minderungsrecht muß man dem Wiederkäufer mangels entgegenstehender Sonderbestimmungen auch das Wandelungsrecht wegen eines vor Abgabe der Wiederkaufserklärung eingetreten Mangels zugestehen,[2]) und zwar fällt hier die Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Verschlechterung fort. Dem Wiederkäufer bei zufälliger Verschlechterung der Wiederkaufssache das Wandelungsrecht zu versagen, dazu fehlt jeder Grund.

Wesentlich anders gestaltet sich die Haftung des Wiederverkäufers, falls als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart ist, den die Sache bei Ausübung des Wiederkaufsrechtes haben wird. Alle vor Abgabe der Wiederkaufserklärung entstandenen Mängel finden dann bei der Abschätzung ihre Berücksichtigung. Demgemäß soll der Wiederverkäufer nach § 501 B. G. B. in diesem Falle für eine Verschlechterung, den Untergang oder die aus einem anderen Grunde eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe nicht verantwortlich sein.

Der Wortlaut dieses Paragraphen kann zu Irrtümern Anlaß geben. Hat es doch danach den Anschein, als bedeute die Vereinbarung des Schätzungspreises den Erlaß jeder

[1]) a. M. Windscheid-Kipp II. S. 601, ferner Schollmeyer S. 43.
[2]) a. M. Windscheid-Kipp II. S. 601 und Schollmeyer S. 43.

Haftung im Voraus für Nichterfüllung der sich aus der Wiederkaufsabrede ergebenden Verpflichtungen. In diesem Sinne ist der Paragraph auch vielfach ausgelegt worden.[1]) Gemeint ist offenbar aber nur die Haftung für Fahrlässigkeit. § 501 will sich keineswegs mit dem in § 276 Abs. 2 aufgestellten Grundsatz: „Die Haftung wegen Vorsatz kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden", in Gegensatz bringen. Ein Vertrag, in dem sich der eine verpflichtet, dem andern eine Sache zu verkaufen, sich gleichzeitig aber das Recht einräumen läßt, alles zu tun, was die Erfüllung seiner Vertragspflicht vereiteln kann, ist ein Widerspruch in sich selbst.

Demnach darf derjenige, der die Sache zum Schätzungswert wieder zu verkaufen verpflichtet ist, die Kaufsache vorsätzlich weder verschlechtern oder zerstören noch auch wesentlich verändern,[2]) auch nicht vorsätzlich bewirken, daß die Herausgabe der Sache aus irgend einem anderen Grunde unmöglich wird. In allen diesen Fällen bleibt seine Schadensersatzpflicht bei Zuwiderhandlungen bestehen, die Vereinbarung des Schätzungswertes als Kaufpreis bedeutet eine Beschränkung, nicht aber den Ausschluß der Pflicht zur Leistungsbereitschaft.

Zur ordnungsgemäßen Erfüllung gehört es auch, daß der Wiederverkäufer die Wiederkaufssache frei von Rechten Dritter liefert. (§ 434) Maßgebend ist auch hier natürlich der Rechtszustand, in dem der Wiederverkäufer selbst die Sache erworben hat; Rechte, mit denen belastet schon er die Sache gekauft hat, bleiben also außer Betracht. Im übrigen ist der Wiederverkäufer aber kraft seiner Bereitschaftspflicht verantwortlich, wenn er während des Schwebezustandes über die Wiederkaufssache verfügt hat. Gemäß § 499 B. G. B. hat er die durch seine Verfügung entstandenen Rechte Dritter, sobald der Wiederverkauf verlangt wird, zu beseitigen. Ist er dazu nicht im Stande, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Selbst ein unverschuldetes Unvermögen zur Beseitigung derartiger Rechte schützt vor Schadensersatzpflicht nicht. Der Wiederverkaufspflichtige tut also am besten, wenn er sich auch jeder interimistischen Verfügung enthält. Der Verfügung des Wiederverkäufers

[1]) vergl. Oertmann S. 221 Anm. Nr. 2 a u. 3 zu § 501.
[2]) Planck II. S. 274 Anm. zu § 501.

steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. (§ 499 S. 2.)

Auf die Verantwortlichkeit wegen eines solchen vor Ausübung des Wiederkaufsrechtes entstandenen Rechtsmangels ist es ohne Einfluß, ob als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart ist oder nicht. Der Wortlaut des § 501 läßt keinen Zweifel darüber, daß die in diesen Paragraphen aufgestellte Haftungsbeschränkung nur in dem Falle des § 498 Abs. 2 Platz greifen soll[1]) Auch dieser Umstand spricht dafür, daß § 501 die Haftung wegen vorsätzlicher Verschlechterung oder Zerstörung der Wiederkaufssache nicht hat ausschließen wollen. Denn sonst wäre es nicht ersichtlich, weshalb der Wiederkäufer sich jede Einwirkung auf die Substanz der Wiederkaufssache, die gegebenen Falls zu ihrem Untergange und damit zur Vereitelung des Wiederkaufsrechtes führen kann, erlauben dürfte, während ihm jede Einwirkung in rechtlicher Beziehung untersagt wäre.

Alle diese Bestimmungen greifen nur Platz, wenn der Wiederkaufsgegenstand vor Ausübung des Wiederkaufsrechtes eins der erwähnten Schicksale erleidet. Wenn nach Abgabe der Wiederkaufserklärung Sach- oder Rechtsmängel entstehen, der Wiederkaufsgegenstand untergeht oder aus sonst einem Grunde nicht herausgegeben werden kann, so bestimmen sich die daraus sich ergebenden Rechtsfolgen nach den allgemeinen Vorschriften über Kauf.

Demnach fassen wir das gewonnene Ergebnis dahin zusammen: Der Wiederkauf ist eine besondere Art des Kaufes. Seine Eigentümlichkeit besteht in dem durch die Wiederkaufsabrede geschaffenen Schwebezustand. Dieser gleicht dem Schwebezustand, wie er sich aus einem aufschiebend bedingten Kaufvertrage ergibt. Die Abweichung bezüglich des Gefahrüberganges ist eine durch gute innere Gründe gerechtfertigte Besonderheit und nicht geeignet, die Auffassung, die Wiederkaufsabrede sei der unter der aufschiebenden Bedingung der Abgabe der Wiederkaufserklärung geschlossene Wiederkauf selbst, als mit dem Gesetz unvereinbar und deshalb als irrig erscheinen zu lassen.

---

[1]) vergl. Neumann zu § 501, Planck II. S. 274 zu § 501.

Schluß.

§ 14.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Wiederkaufs, insbesondere in seiner Eigenschaft als Sicherungskauf.

Mit der Vereinbarung der Wiederkaufsabrede bezweckt der Verkäufer, die endgültige Entscheidung über die Eigentumsverhältnisse am Kaufgegenstand hinauszuschieben, indem er sich die Möglichkeit des Rückerwerbes offen hält. Die Gründe, die zu einer derartigen vorläufigen Veräußerung veranlassen, können sehr verschieden sein. Es hat z. B. jemand für irgend einen Gegenstand keine Verwendung. Ihn aufzubewahren, ihn zu erhalten und zu unterhalten, würde ihm nur Schwierigkeiten machen. Gleichwohl erwartet er in absehbarer Zeit eine Veränderung seiner Verhältnisse, die ihm den Besitz des Gegenstandes wieder wünschenswert erscheinen lassen wird. Im Verkauf auf Wiederkauf hat er das Mittel, um einerseits die Sorge für Erhaltung des Gegenstandes von sich auf andere abzuwälzen, andererseits jederzeit den Gegenstand wieder an sich bringen zu können.

Vielfach ist es jedoch nicht freier Wille des Verkäufers, sondern Geldverlegenheit, die ihn zur einstweiligen Veräußerung zwingt. Der Geldbedürftige überläßt dem Käufer den Gegenstand unter dem Vorbehalt des Wiederkaufsrechts und hilft einstweilen mit dem erhaltenen Kaufpreis seiner Geldnot ab, indem er auf eine günstigere Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse hofft, die ihm den Rückerwerb ermöglichen werde.

In dieser Richtung liegt die wirtschaftliche Bedeutung des Wiederkaufsrechtes, die keineswegs so gering ist, wie

Planck in seinem Kommentar glauben machen will.[1]) Wird doch der Ankauf von Sachen aus den Händen geldbedürftiger Verkäufer sogar gewerbsmäßig zusammen mit der Geldleihe auf Pfänder betrieben.[2]) Vielfach wird diesem Kauf auf Wiederkauf noch die Abrede hinzugefügt, falls der Verkäufer die ihm zur Abgabe der Wiederkaufserklärung gesetzte Frist ungenützt verstreichen lasse, solle der Käufer gehalten sein, den Kaufgegenstand zu verkaufen und einen den seinerseits gezahlten Kaufpreis übersteigenden Mehrerlös herauszugeben. Ein solches Geschäft pflegt man als Sicherungskauf zu bezeichnen und bringt damit die wahre Tendenz des Rechtsgeschäfts zum Ausdruck. Aus der Abrede, die den Käufer eventuell zum Weiterverkauf verpflichtet, geht hervor, daß, auch wenn das Wiederkaufsrecht nicht ausgeübt wird, ein dauernder Übergang der Sache in das Vermögen des Käufers nicht beabsichtigt ist, sondern der Käufer von dem Wert der Kaufsache nur einen dem gezahlten Kaufpreis entsprechenden Teilbetrag zurückbehalten soll.

Es ist augenfällig, daß der Sicherungskauf das gleiche Ziel verfolgt wie der Pfandvertrag, nämlich dem Geldbedürftigen Realkredit zu verschaffen. Der gezahlte Kaufpreis ist wirtschaftlich nichts anderes als ein Darlehn, hinter der Zahlung des Wiederkaufspreises verbirgt sich die Rückerstattung des Darlehns, ein etwaiger Unterschied zwischen der Höhe des Preises und des Wiederkaufspreises zu Gunsten des letzteren erscheint als Vergütung für die Überlassung des Kapitals, und die Kaufsache dient gleich der Pfandsache zur Sicherstellung. Dies spricht auch die Gewerbeordnung aus, die in § 34 Abs. 2

---

[1]) vergl. II. S. 271 Vorbemerkung: „Bei der geringen praktischen Bedeutung des Instituts mag hier nur folgendes bemerkt werden." — Richtig ist allerdings, daß seine Bedeutung gegen früher abgenommen hat. Im Mittelalter pflegte man ganz allgemein Darlehnsgeschäfte statt in die Form der Verpfändung in die des Kaufs auf Wiederkauf zu kleiden, weil sich auf diese Art eine Umgehung des kanonischen Zinsverbotes ermöglichen ließ. Der Käufer überließ die Sache dem Verkäufer gegen Zahlung eines Mietzinses, welcher dem Zinsfuß der Forderung gleichkam. vergl. darüber Platner.

[2]) vergl. Gewerbeord. § 34.

den gewerbsmäßigen Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechtes dem Pfandleihgewerbe völlig gleichstellt.[1])

Der Sicherungskauf gehört zu der Gruppe der Sicherungsübereignungsgeschäfte, die alle das Ziel verfolgen, dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung Eigentum an einer einen gewissen Vermögenswert darstellenden Sache des Schuldners zu übertragen.[2]) Eigentümlich ist allen diesen Geschäften das offenbare Mißverhältnis, in dem der angestrebte Zweck zu den aufgewendeten Mitteln steht. Es wird Eigentum übertragen, der Eigentümer soll aber nicht mehr Rechte haben, als der Pfandgläubiger hat.

Diese Rückkehr zu der fiducia des römischen Rechts erscheint auffällig. Der Grund ist in folgendem zu suchen.

Das B. G. B. hat im Interesse der Sicherheit des Kreditwesens in § 1205 B. G. B. dem deutschrechtlichen Faustpfandprinzip vor der römisch-rechtlichen hypotheca den Vorzug gegeben. Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. (§ 1205 B. G. B.) Eine Pfandbestellung, bei der die Übergabe durch constitutum possessorium ersetzt werden könnte, ist ausgeschlossen. Infolgedessen ist eine Pfandbestellung an allen denjenigen Gegenständen nicht möglich, deren Besitz der Schuldner nicht entraten kann. Es gilt dies vor allem vom landwirtschaftlichen und gewerblichen Inventar, dem Hausrat, Mobiliar u. s. w. In manchen Fällen werden sich jene Gegenstände allerdings insofern als Unterlage eines Kredits benutzen lassen, als sie sich vielfach als Zubehör eines Grundstücks darstellen und in dieser Eigenschaft durch Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek gemäß § 1120 B. G. B. zum Gegenstand der Mitverhaftung gemacht werden können. Dieses Mittel

[1]) „Das Institut unterliegt daher auch nach Art. 94 E. B. G. B. den Beschränkungen der Landesgesetze über Pfandleihe."

[2]) Die juristische Natur dieser Sicherungsübereignungsgeschäfte ist mannigfaltig. Der Schuldner kann unter der aufschiebenden Bedingung der Nichtzahlung seiner Schuld oder unter der auflösenden Bedingung der Zahlung das Eigentum an dem zur Sicherung dienenden Gegenstand übertragen. Er kann sich ferner ein Einlösungsrecht vorbehalten, häufig und gern wird das Geschäft aber auch in das Gewand des Kaufs auf Wiederkauf gekleidet.

versagt, wenn entweder die Zubehöreigenschaft fehlt oder dem Eigentümer des Inventars nicht auch gleichzeitig das Grundstück gehört. Als Beispiel führen wir nur an den landwirtschaftlichen Pächter, der ein Landgut, oder den Gastwirt, der eine Gastwirtschaft pachtweise übernimmt und mittels eigenen Inventars bewirtschaftet. Der Wert jener Gegenstände ist vielfach nicht unerheblich, der Wunsch also, sie zur Beschaffung von Kredit zu verwenden, begreiflich.

Diesem Bestreben, den Gläubiger sicher zu stellen, ohne dem Schuldner den Besitz der zur Sicherung dienenden Sache zu nehmen, trägt die Sicherungsübereignung Rechnung.

Beschränken wir uns nun auf den hier allein interessierenden Fall des Sicherungskaufes, so ergibt sich folgende Rechtslage: Der Geldbedürftige verkauft unter Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes den zur Sicherung bestimmten Gegenstand. Der Kaufpreis wird gezahlt, die Übereignung geschieht gemäß §§ 929, 930 B. G. B. durch Einigung beider Parteien darüber, daß Eigentum auf den Käufer übergehen soll und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Unmittelbarer Besitzer bleibt der Verkäufer und zwar in der Regel als Mieter[1]) oder Pächter. Ist er später in der Lage, den Wiederkaufspreis zu zahlen, so erklärt er seinen Wiederkaufswillen und verpflichtet damit den Käufer zur Rückübertragung des Eigentums, die in einfachster Weise durch brevi manu traditio (§ 929 S. 2 B. G. B.) geschieht.

Es ist offenbar, daß die Parteien ein derartiges umständliches Rechtsgeschäft nicht abschließen, sondern den einfacheren Weg der Verpfändung wählen würden, wenn ein Belassen der Pfandsache im Besitz des Schuldners mit der Verpfändung

[1]) Folgender Fall ist dem Verfasser selbst begegnet: „Eine einfache Witwe hinterläßt bei ihrem Tode eine Zimmereinrichtung. Ihre verheiratete Tochter würde im eigenen Haushalt geeignete Verwendung dafür haben, hat aber nicht die Mittel, um ihren miterbenden Geschwistern bei der Auseinandersetzung die erforderliche Abfindungssumme zu zahlen. Sie kauft daher den Miterben den Nachlaß ab und gewinnt die Kaufsumme, indem sie den Nachlaß unter Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes an eine vermögende Tante weiterverkauft, die ihr die Nachlaßsachen mietweise überläßt, bis sie dieselben zurückerwerben können wird."

verträglich wäre. Nur des pfandrechtlichen Verbotes wegen gibt der Geldbedürftige, der sich Realkredit verschaffen will, der Sicherungsübereignung gegenüber der Verpfändung den Vorzug.

Letzterer Umstand ist in zweifacher Beziehung der Ausgangspunkt für heftige Angriffe gegen den Sicherungskauf, wie die Sicherungsübereignung überhaupt, geworden, und zwar sind die Bedenken meist von Theoretikern erhoben worden, während die Praxis unter dem Druck des Verkehrsbedürfnisses sich fast allgemein für die Zulässigkeit derartiger Geschäfte ausgesprochen hat.[1])

Die eine früher weit verbreitete gegnerische Ansicht bekämpft den Sicherungskauf unter dem Gesichtspunkt der Simulation. Man sagt, in Wirklichkeit beabsichtigten die Parteien gar keinen Kauf, sondern eine Verpfändung, der Kaufabschluß werde nur vorgespiegelt, um den mit der Verpfändung verknüpften Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen. Mit Recht haben dagegen vor allem Kohler[2]), Bähr[3]) und Hellwig[4]) geltend gemacht, daß die Parteien ernstlich einen Kauf auf Wiederkauf erstrebten, daß ihnen tatsächlich nichts ferner liege, als das untaugliche Mittel der Verpfändung zu wählen.

Damit ist jedoch das Gegenteil nicht ausgeschlossen, und es ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die Parteien auch wirklich den auf Abschluß des Kaufvertrages gerichteten Willen gehabt und nicht etwa unter sich einen bloßen Pfandvertrag unter dem Deckmantel eines Kaufes auf Wiederkauf vereinbart haben. Für diese Prüfung allgemeine Grundsätze aufstellen zu wollen, möchte schwerer sein als die tatsächliche Feststellung im einzelnen Fall. Die Praxis richtet ihr Augenmerk vor allem darauf, ob objektiv die Erfordernisse eines Kaufes gegeben sind. Ist dies nicht der Fall, liegt also ein Scheinkauf vor, so wird trotz der abstrakten Natur des Übereignungsgeschäftes der Schluß, daß auch die auf Grund des Kaufes erfolgte Eigentumsübertragung nur zum Schein erfolgt und

---

[1]) So R. G. E. II. S. 173 f, XIII. S. 200 f, XXIV. S. 50, 161 f, XXVI. S. 180 f, XXX. S. 275, LVII S. 175 f.

[2]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 149.

[3]) S. 61.

[4]) S. 369.

nur eine Verpfändung gewollt sei, in vielen Fällen gerechtfertigt sein.[1])

So muß vor allem der Kaufpreis als wahrer Entgelt, als ernstlich gemeinte Zahlung von den Parteien aufgefaßt werden. Diese Frage wird hauptsächlich dann zu prüfen sein, wenn der Geldbedürftige eine Sache, ohne Rücksicht auf ihren Wert, um die Summe verkauft, die er gerade braucht.

Spezielle Vorschriften, welche die Gerechtigkeit der Preisbestimmung wahren sollen[2]), gibt es im B. G. B., abgesehen von den allgemeinen Wucherbestimmungen des § 138 Abs. 2, allerdings nicht. Der Kaufpreis braucht keineswegs objektiv dem Wert der Kaufsache zu entsprechen, wenn er nur nach dem subjektiven Urteil des Verkäufers unter Berücksichtigung seiner individuellen Verhältnisse als angemessenes Äquivalent für die Hingabe der Sache erscheint.

Als eine Besonderheit des Falls ist es dabei zu berücksichtigen, daß derjenige, der unter Vorbehalt des Wiederkaufs verkauft, um so eher schon einen geringen Preis für angemessen halten wird, je zuversichtlicher er hofft, von seinem Recht Gebrauch machen und den Gegenstand zurückkaufen zu können.

Aus dieser Erwägung heraus erklärt sich auch, daß dem Käufer die Pflicht auferlegt wird, er solle, falls der Wiederkaufsberechtigte nicht rechtzeitig sein Recht ausübe, gehalten sein, die Sache weiter zu verkaufen und einen etwaigen, den gezahlten Preis übersteigenden Mehrbetrag herauszugeben. Es ist aus dieser Vereinbarung nicht ohne weiteres der Schluß zu ziehen, daß der Verkäufer von vornherein den gezahlten Betrag

---

[1]) So Urteil des Kgl. Oberlandesgerichtes zu Naumburg a. S. vom 8. Oktober 1901, veröffentlicht in der Zeitung der Naumburger Anwaltskammer Jahrg. 1902 S. 89. — Daß diese Vermutung aber nicht immer zutreffend ist, dafür bietet die Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. März 1904 (Bd. LVII. S. 175—78) ein Beispiel. Das Reichsgericht nimmt in dem betreffenden Falle zwar einen Scheinkauf an, erklärt aber die erfolgte Übereignung dennoch für rechtswirksam, weil sie, wenn auch nicht zur Erfüllung eines Kaufvertrages, so doch zur Sicherung schlechthin gewollt sei.

[2]) Der laesio enormis des römischen Rechts vergleichbar.

nicht für einen angemessenen Entgelt betrachtet habe. Vielmehr ist es sehr wohl möglich, daß der Preis im Hinblick auf den Wiederkaufsvorbehalt, der trotz seiner obligatorischen Natur den Wert des Kaufgegenstandes herabdrücken muß, zunächst durchaus als angemessen erscheint. Daß für den Fall des Erlöschens des Wiederkaufsrechtes, entsprechend der demzufolge eintretenden Wertsteigerung, eine nachträgliche Preiserhöhung um den Betrag zugestanden wird, um den der durch den Weiterverkauf festgestellte Sachwert den anfänglich gezahlten Preis übersteigt, erscheint nur billig.

Bisher war nur von dem Fall die Rede, daß jemand, um Kapital zu erlangen, ein Vermögensstück vorbehaltlich des Wiederkaufsrechtes verkauft. Ebenso häufig ist folgendes Geschäft: Der Schuldner verkauft zu dem Betrage einer schon bestehenden Schuld einen Gegenstand unter Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes. Seine Forderung auf Zahlung des Kaufpreises rechnet er gegen die Forderung seines Gläubigers auf. An die Stelle der Schuld tritt also jetzt das Recht, den Betrag der früheren Schuld als Wiederkaufspreis zurückzuzahlen.

Gegen ein solches Rechtsgeschäft ist an sich gewiß nichts einzuwenden. Wenn aber in diesem Falle, wie es wohl vorkommt,[1]) der Gläubiger garnicht daran denkt, seine Forderung aufzugeben, sondern diese ruhig weiter besteht, dann ist allerdings der Kauf auf Wiederkauf nur die Maske, hinter der sich ein anderes Geschäft verbirgt. Denn die ernstliche Absicht, einen Kaufpreis zu zahlen, besteht gar nicht, die Parteien haben an eine wirkliche Bestimmung des Preises gar nicht gedacht, es fehlt also ein Begriffsmerkmal des Kaufs. Ob nun aber das verdeckte Geschäft eine Pfandbestellung oder eine Sicherungsübereignung schlechthin ist, hängt wieder davon ab, ob der Parteiwille ernstlich auf das eine oder das andere Geschäft gerichtet ist.

Die andere gegnerische Ansicht, die, während die erstere durch die erwähnten Schriftsteller stark erschüttert ist, sich noch weiter Verbreitung erfreut, erklärt die Sicherungsübereignungs-

---

[1]) vergl. Urteil des O. L. G. zu Dresden v. 2. März 1901 im Sächsischen Archiv Bd. 11. S. 486, ferner das schon auf S. 55 Anm. 1 erwähnte Urteil des O. L. G. zu Naumburg.

geschäfte für in fraudem legis geschlossen und deshalb ebenfalls für nichtig.[1])

Vorauszuschicken ist, daß gegen die Sicherungsübereignung an sich der Angriff unter dem Gesichtspunkte einer rechtswidrigen Gesetzesumgehung nach B. G. B. überhaupt wirkungslos ist. Das B. G. B. hat im Gegensatz zum gemeinen Recht die Lehre von der abstrakten Natur des Übereignungsgeschäftes angenommen. Das Wesen dieser Abstraktheit besteht in der völligen Loslösung des obligatorischen Kausalgeschäftes von dem dinglichen Vertrage. Selbst wenn also der Vertrag, in welchem sich jemand zur Sicherungsübereignung verpflichtet, als in fraudem legis geschlossen nichtig ist, bleibt doch die Übereignung, vorausgesetzt, daß sie ernstlich gewollt ist, voll und ganz bestehen [2])

Hier interessiert nur der Sicherungskauf, also das Kausalgeschäft, es bedarf daher eines näheren Eingehens auf den in Frage stehenden Angriff.

Das Wesen des in fraudem legis agere läßt sich garnicht kürzer und treffender als mit den bekannten Worten des römischen Rechtsgelehrten Paulus bezeichnen: „Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem legis vero, qui salvis verbis legis sententiam eius civcumvenit.“[3])

Die Vertreter der in Frage stehenden Theorie führen nun aus, das Gesetz verbiete eine Pfandbestellung, bei der der Schuldner die Pfandsache im Gewahrsam behalten dürfe. Es erfordere die Übergabe der Pfandsache an den Gläubiger einmal, um jedem Dritten die dingliche Belastung der Pfandsache und demzufolge die Absonderung ihres Wertes aus dem Vermögen des Schuldners erkennbar zu machen, und weiter, den Schuldner vor leichtsinniger Verpfändung solcher Gegenstände zu bewahren,

---

[1]) So Hellwig S. 370, Kuhlenbeck: Von d. Pdkt. bis z. B. G. B. II. S. 401, Caspari S. 26 u. 38. — Kohler, der ebenfalls diese Ansicht vertrat, hat sie in letzter Zeit aufgegeben, vergl. Kohlers Nachwort zu Linkelmanns Aufsatz S. 234.

[2]) vergl. Lilienthal S. 543. — Die Stellung des Eigentümers würde allerdings insofern eine sehr unsichere sein, als der Schuldner die Herausgabe der Sache als ohne Rechtsgrund übereignet gemäß § 812 B. G. B. jeder Zeit fordern könnte.

[3]) vergl. l. 29 D. I., 3, ferner l. 5 C. I., 14.

deren er zur Lebensführung und Aufrechterhaltung seiner wirtschaftlichen Existenz unbedingt bedarf.[1])

Derjenige nun, dem die Sache zur Sicherung übereignet werde, habe praktisch an der zur Sicherung dienenden Sache kein anderes Recht als der Pfandgläubiger, nämlich die Sache gegebenen Falls verkaufen und sich aus dem Erlös befriedigen zu können. Brauche er daher die Sache nicht in Gewahrsam zu nehmen, sondern dürfe sie der Schuldner behalten, so erreiche dieser auf dem Wege der Sicherungsübereignung dasselbe Resultat, dessen Erreichung ihm als Pfandschuldner verwehrt sei. Das pfandrechtliche Verbotsgesetz wolle aber nicht nur den einen zu diesem Ergebnis führenden Weg der Pfandbestellung, sondern das Ergebnis überhaupt ausgeschlossen wissen, die sententia legis gehe dahin, nicht nur die Pfandsache, sondern überhaupt jede bewegliche Sache, die zur Sicherung dienen solle, müsse sich im Gewahrsam des Berechtigten befinden.[2])

Diese Verallgemeinerung des pfandrechtlichen Verbotsgesetzes ist der Kernpunkt der ganzen Ausführungen. Es fragt sich, ob sie gerechtfertigt ist.

Feststeht zunächst nur, daß die Pfandsache nicht im Besitz des Schuldners bleiben darf. Ob dieses Verbot auf jedes Sicherungsgeschäft auszudehnen sei, darüber bestand schon im gemeinen Recht ein lebhafter, Theorie und Praxis bewegender Streit. Das Reichsgericht entschied mehrfach zu Gunsten der Sicherungsübereignungsgeschäfte.[3])

Den Verfassern des B. G. B. war also bekannt, wie auch aus den Vorarbeiten zum Gesetz (Protokolle III. S. 197/200) hervorgeht, daß die Sicherungsübereignung die Möglichkeit biete, den Gläubiger zu sichern, ohne dem Schuldner den Besitz der Sache zu nehmen. Dennoch findet sich im Gesetz, das im übrigen in § 223 Abs. 2 die Sicherungsübereignung ausdrücklich anerkennt, nirgends ein Anhalt dafür, daß man diese Möglichkeit

[1]) vergl. § 811 C. P. O.

[2]) Nicht zutreffend ist die Ansicht Endemanns II. S. 543 und Lilienthals S. 543, die vermeintliche Absicht des pfandrechtlichen Verbotsgesetzes, gegen die die Sicherungsübereignung verstoße, könne nur dahin bestimmt werden, daß Sicherungszwecke nur mittels Pfandbestellung verfolgt werden dürften. Eine solche Auslegung scheitert an § 223 Abs. 2 B. G. B.

[3]) So Entscheidung des R. G. Bd. II. S. 173 f. XIII. S. 200 f.

habe ausschließen wollen. Wohl aber enthalten die Protokolle in Bd. III. S. 197/200 einen Beweis für das Gegenteil. In der zweiten Kommission wurde beantragt, daß der jetzige § 930 B. G. B. keine Anwendung finden solle, falls die Veräußerung dazu diene, dem Erwerber Sicherheit wegen seiner Forderung zu verschaffen. Der Antrag wurde abgelehnt und die Sicherungsübereignungsgeschäfte wurden mit ausführlicher Begründung für zulässig erklärt.

Die Verallgemeinerung des pfandrechtlichen Verbotsgesetzes läuft also dem Willen des Gesetzgebers zuwider, und somit erweist sich auch die Theorie, der Sicherungskauf sei in fraudem legis geschlossen und deshalb nichtig, als nicht haltbar.

Bestehen bleibt allerdings der Vorwurf, daß durch die Zulassung der Sicherungsübereignungsgeschäfte die Sicherheit des Kredits gefährdet werde. Er richtet sich aber nicht blos gegen diese, sondern vielmehr gegen die Zulässigkeit der Übereignung durch constitutum possessorium als Ersatz der Übergabe überhaupt. Wenn man auf dieses Ersatzmittel nicht verzichtete, so geschah es nicht zum wenigsten in der Erwägung,[1]) daß auch der Ausschluß des constitutum possessorium den Schuldner nicht hindern könne, seine Vermögensstücke einem anderen zu Eigentum zu übertragen, sie dann mietweise zurückzunehmen und auf diese Weise Dritte ebenso über seine wahre Vermögenslage zu täuschen. Der Gläubiger darf sich eben nicht darauf verlassen, daß alle Sachen, die der Schuldner besitzt, ihm auch gehören.

Gewichtiger ist das Bedenken, daß der Geldbedürftige leichtsinnig unentbehrliche Gegenstände in der angegebenen Weise veräußern und dann die Zeit zum Wiedererwerb ungenutzt verstreichen lassen werde. De lege ferenda ließe sich hier vielleicht in der Weise Abhilfe schaffen, daß der Staat nicht nur bei einer Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in die in § 811 C. P. O. aufgezählten Gegenstände seine Hilfe versagte, sondern auch, wenn die durch die Vollstreckung zu realisierende Forderung sich auf Herausgabe jener Gegenstände selbst richtet.

---

[1]) vergl. Protokolle III. S. 201.

Überhaupt sind die Sicherungsübereignungsgeschäfte noch ein in der Entwickelung begriffenes Rechtsinstitut, das einer besonderen gesetzlichen Normierung noch harrt. Vorbildlich kann in dieser Beziehung das englische Recht werden. In den Jahren 1878, 82, 90 sind in England drei Gesetze ergangen: The bills of Sale Act 1878, Amendement Act 1882, The bills of Sale Act 1890. Danach müssen alle zur Sicherung dienenden Verträge bei Gericht in ein Register eingetragen werden. Über die zur Sicherung dienenden Gegenstände wird ein genaues Verzeichnis aufgenommen und vermerkt, daß dem Gläubiger das Eigentum an dem verpfändeten Gegenstande zustehe. Um zu verhüten, daß der Schuldner seine letzten Habe für einen geringen Kredit verpfändet, ist als Minimum ein Wert von 600 ℳ festgesetzt.